

LA “INSINUATIO” Y LA “TRADITIO” INMOBILIARIA EN EL DERECHO ROMANO POSTCLÁSICO*

MARÍA DE LOS ÁNGELES SOZA RIED
Universidad de los Andes (Santiago de Chile)

I. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS DE ENTREGA DE LAS COSAS

Nos pareció necesario introducir esta exposición con una referencia al ambiente jurídico que habría preparado el cambio en las formas de entrega de las cosas, y a las posibles causas de este cambio, todo lo cual, a nuestro juicio, hace más fácil la comprensión del tema central del trabajo. Tanto la decadencia de la *mancipatio* como la generalización de la *traditio* y de las formas ficticias en que ésta comenzó a practicarse, son antecedentes indispensables para comprender la legislación de los diversos emperadores postclásicos que incidieron en la regulación de las transferencias de bienes.

En el derecho romano clásico, como es sabido, la tradición era un modo de adquirir el dominio de las cosas que se refería exclusivamente a las *res nec Mancipi*, esto es, a las cosas menos relevantes desde el punto de vista de una economía de carácter agropecuario, como era la romana. Las cosas de mayor contenido económico en ese contexto histórico, las *res Mancipi* (los fundos itálicos, la casa, los esclavos, los animales de tiro o carga, los útiles de labranza y las servidumbres rústicas), se transferían utilizando formas solemnes; la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Como puede observarse, la categoría económica de los bienes determinaba la forma en que éstos debían transferirse. Los bienes inmuebles de Italia, en consecuencia, se transferían de acuerdo con

* Este trabajo ha sido preparado en el contexto del proyecto de investigación “La tradición inmobiliaria en el derecho romano postclásico: historia y antecedentes del sistema registral de transferencia”, auspiciado por Proyecto FONDECYT 1010149, año 2001.

estos modos solemnes, pero no por su categoría de bien inmobiliario, sino porque, al ser éstos *res Mancipi*, se contaban entre aquellos bienes de mayor estabilidad y permanencia en el patrimonio de un ciudadano romano. Los fundos extratálcos, en cambio, dada su categoría de *res nec Mancipi*, se transferían por medio de una simple *traditio*.

De todos modos, en el decurso del derecho romano clásico, una serie de factores determinaron la decadencia de las formas solemnes de transferencia. Especialmente importante parece haber sido, en este sentido, la protección que concedió el pretor a las adquisiciones de *res Mancipi* realizadas por simple *traditio*. Pese a todo, y debido, probablemente, al conocido tradicionalismo jurídico de los romanos, las formas solemnes orales no desaparecieron propiamente sino hasta una época posterior¹.

En el derecho romano posclásico se produjeron una serie de cambios en la transferencia de los bienes. En primer lugar, la *Mancipatio* fue siendo cada vez menos utilizada para operar la transferencia de *res Mancipi*, hasta que finalmente, en una época indeterminada, desapareció totalmente, quizá por la importancia cada vez menor acordada a la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*. La tradición se erigió, en definitiva, como el modo general y más frecuente de transferencia de los bienes, independientemente de la importancia económica o estabilidad de éstos dentro de un patrimonio.

En segundo lugar, se extendió el uso de los documentos para los actos de transferencia de los bienes, y fue desapareciendo paulatinamente el recurso a la oralidad. Este cambio estuvo precedido por un fenómeno que comenzó ya a fines de la república romana, y que hubo de caracterizarse por el uso cada vez más frecuente de la *scriptura* en una serie de figuras jurídicas y en el mismo procedimiento. En el ámbito procesal, este fenómeno quedó de manifiesto en la abolición de las acciones de la ley; y, en el campo negocial, se hizo evidente en dos importantes actos jurídicos: el testamento y la *stipulatio*. Así, el que figuraba en unas tablas testamentarias selladas por siete testigos, se vio beneficiado por el pretor a través de la *bonorum possessio secundum tabulas*, de modo de ganar una condición similar a la del verdadero testamento civil *per aes et libram*. Con esto, el hecho de haberse o no realizado realmente el acto libral no fue determinante para la validez del acto testamentario. A fines de la república, el testamento pretorio sustituyó

¹ Son interesantes, a este respecto, las observaciones que hace ÁLVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes de la contratación escrita*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 4 (Madrid, 1948), p. 4 ss. en relación con la forma de los negocios jurídicos. Hay negocios que son formales en el sentido de que necesitan de una determinada formalidad, que puede ser oral o escrita, y otros que son no formales, dado que pueden cristalizar en una forma cualquiera. Lo que desaparece, en otras palabras, no es la formalidad en sí misma, sino la formalidad basada en determinados ritos orales.

plenamente al testamento civil. Algo parecido ocurrió con la *stipulatio*, que tenía lugar bajo la forma de una promesa oral y solemne, y se utilizaba para contraer un gran número de obligaciones. En un primer momento, y a consecuencia de la extensión de la *stipulatio* a los peregrinos, se introdujo el uso de dejar constancia escrita de la promesa oral. Posteriormente, las palabras solemnes se presumieron *iuris et de iure*, y ya no fue necesario que ellas se pronunciaran realmente. El mayor uso de la *scriptura*, pues, como puede observarse, produjo una transformación del aspecto formal de varios negocios jurídicos de importancia².

El tema de la paulatina decadencia de las formas orales solemnes, que caracterizaban los actos jurídicos romanos, y la sustitución de dichas formas por la *scriptura*, ha dividido no poco a la doctrina. Un sector, más bien minoritario, sostiene que dicho fenómeno se debe tan sólo a la propia evolución interna del derecho romano; mientras que otro sector afirma deberse fundamentalmente a las influencias greco-orientales, más proclives a apoyar en los documentos la sustanciación y la prueba de los negocios jurídicos³.

² SAMPER, *Derecho romano* (Santiago, 1991), p. 213. Vid. también D'ORS, Alvaro, *Derecho privado romano*⁹ (Pamplona, 1997), § 273, que señala que el testamento pretorio es, en la historia del documento romano, el primer documento que tiene un valor constitutivo. También sucede esto a propósito de la estipulación; a consecuencia de la extensión de la ciudadanía a todos los habitantes del imperio (a. 212 d. C.), se introduce, como cláusula de estilo, la constancia ficticia de haberse realizado la estipulación, de manera que el documento estipulatorio deja de ser un acto meramente probatorio. D'ORS, Alvaro, *DPR*.⁹, cit. ibi, § 428.

³ Un tema largamente debatido en la doctrina romanística es el de las influencias que habrían ejercido ciertos derechos de la antigüedad en el derecho romano. El hallazgo en 1778 de papiros en Egipto, que dio inicio a los estudios de papirología, constituye el punto de partida de una serie de investigaciones referidas a ciertos núcleos culturales de la antigüedad, produciendo no pocas repercusiones en el campo de las investigaciones romanísticas. Desde el punto de vista de nuestra disciplina, es particularmente importante el estudio de las influencias greco-egipcias que puedan advertirse en el desarrollo del período postclásico. El primero en afirmar esta influencia es MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreich* (Leipzig, 1891) y *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* (1908), cuya doctrina es, en general, aceptada. Así, por ejemplo, KASER, *Derecho romano privado*² (trad. de la 5ª edición alemana por J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1982), p. 46; JÖRS - KUNKEL, *Derecho privado romano* (trad. de la 2ª edición alemana por Prieto Castro, Buenos Aires, 1937), p. 141 ss., para quien incluso la estructura externa de las escrituras romanas fue tomada de la práctica griega. En época republicana y clásica se extendían sobre tablas de madera recubiertas de cera (*tabulae*). El uso de hojas de papiro (*charta*), las cuales sustituyeron a las tablas de madera, en cambio, se introduce ya en la época imperial. Una doctrina contraria se encuentra, en cambio, en RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano. Compendio dei corsi di storia e d'esegesi del diritto romano*¹¹ (Milano, 1949), p. 161 ss., para quien la lenta desaparición

Ya en la época postclásica se observa, ahora sí claramente por influencia griega, que tiende a darse un valor excesivo a los documentos, lo cual, en lo atinente a las convenciones que se dirigen a la transferencia de bienes, tuvo una gran repercusión. En efecto, el documento fue adquiriendo en la práctica un valor constitutivo, y, en relación con los actos que miraban a la transferencia de los bienes, según un sector de la doctrina, tuvo un valor directamente dispositivo de la propiedad. Esto se habría producido porque en las provincias orientales, en las que surgió y se desarrolló esta práctica, no había una distinción nítida entre acto obligatorio y acto de transmisión de la propiedad⁴. Tal rasgo del derecho oriental se habría agudizado especialmente a partir de la *constitutio Antoniniana* (a. 212 d. C.), que extendió la ciudadanía a todos los habitantes libres del imperio. Entre las prácticas más generalizadas que se introdujeron, estuvo la costumbre de entregar el actual tradente el documento en que constaba su calidad de propietario (en terminología moderna, su “título de propiedad”) al adquirente, y la de redactar un único documento en que figuraba, por un lado, el negocio motivante (causa), y, por otro, la transferencia misma⁵.

La introducción de estas prácticas, que aparentemente no tenían más que una importancia desde el punto de vista probatorio de los negocios, ofrecieron, de hecho, un alcance mucho mayor en orden a los negocios de transferencia, que son los que por el momento nos interesan. En efecto, cuando la valoración judicial que se hacía de ellos era tan fuerte como para que el mero documento sustituyera a la entrega posesoria, en realidad puede decirse que el documento ha adquirido fuerza dispositiva. Así ocurrió en el segundo de los casos, en que, la simple declaración de haberse efectuado la entrega, operaba de por sí la transferencia de propiedad. En el primer caso, se trataba más bien de una entrega simbólica, en el sentido de que la tradición del documento en que constaba la propiedad del tradente, de alguna manera hacía las veces de entrega de la cosa misma.

ción de las formas solemnes orales se debe tan sólo a la propia evolución interna del Derecho Romano. Pero esta opinión aislada ha sido blanco de muchas críticas, entre otras, la de LEVY, *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts*, en *ZSS*, 49 (1929), p. 255 y particularmente n. 6, quien sostiene que la presencia postclásica de la escritura, necesariamente se debe a la influencia de un factor nuevo, dado que el derecho postclásico no se distinguió precisamente por su originalidad creadora. Vid. también LEVY, *West Roman Vulgar Law* (Philadelphia, 1951), p. 128 y 142 ss. En otras palabras, no puede afirmarse que la propia evolución interna del Derecho Romano habría hecho necesaria la sustitución de la oralidad por la escritura, ya que en este estado evolutivo del Derecho Romano, ya no se producían cambios trascendentes por propio impulso, sino que parecen más bien provocados desde fuera.

⁴ ARANGIO RUIZ, *Instituciones de Derecho romano* (Buenos Aires, 1973), p. 227.

⁵ Un análisis detallado y exhaustivo de estas prácticas, puede verse en VOCCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, en *Ivra* 38 (1987), pp. 87 ss.

Se discute largamente en la doctrina romanística si en la práctica existió real y verdaderamente una costumbre tan difundida de dar a los documentos este valor excesivo, que va más allá de la mera prueba de actos ya realizados⁶.

En el contexto de estas profundas transformaciones que fue experimentando la transferencia mobiliaria e inmobiliaria, a consecuencia del mayor valor que se concedió al documento, no debe olvidarse que, en una época no totalmente determinada, se fueron introduciendo diversas formas de *traditio ficta*, que bien pudieron deberse a un proceso de cambio interno del derecho romano, o bien a influencias de orígenes distintos. No hablamos sólo de la *traditio* instrumental, sino también de las demás prácticas que se fueron adoptando en la vida negocial, ya desde la época clásica romana, como la *traditio brevi manu* y *longa manu*, el *constitutum possessorium*, y otras figuras muy frecuentes en el derecho postclásico, que surgieron como variantes de estas últimas⁷. Riccobono⁸, en una opinión bastante minoritaria, ha sostenido que los textos de la época postclásica que testimonian frecuentemente acerca de formas *fictae* de *traditio* estarían, en su mayoría, interpolados⁹.

⁶ Un autor determinante en este sentido es BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde* (Berlín 1880), I, p. 60 ss. Los principales textos que parecen apoyar esta opinión son: FV. 297 (Dioclet. et Constantinus A. Clodiae Juliae Ptolemaide, a. 285 d. C.) y FV. 314 (Dioclet. et Constantinus A. Aurelio Apollonidae, a. 294 d. C.). Sin embargo, según la mayoría de los autores, los romanos no dieron al documento un valor constitutivo de derechos. JÖRS - KUNKEL, *DPR.*, cit. (n. 3), p. 141: "...el documento romano no tuvo carácter dispositivo, lo que quiere decir que no corporificaba el negocio jurídico mismo, sino que sólo atestiguaba un acto negocial externo a él, oral, formalista o libre de forma; era, en una palabra, simple documento probatorio". Sin embargo, como ya se ha dicho más arriba, en algunos determinados negocios –testamento y *stipulatio*–, se produce un fenómeno interesante desde tiempos de Antonino Pío, esto es, en la última época clásica.

⁷ Interesante es, a este respecto, la opinión de HONORÉ, *Conveyances and Professional Standards, en New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for Barry Nicholas*, editado por Peter Birks (Oxford, 1989), p. 140 ss., para quien el inconveniente surgido de la necesaria presencia de las partes en la *traditio* de inmuebles habría sido subsanado con la creación de diversas formas de entrega ficticia, emulando, de este modo, la ventaja que suponía la *mancipatio*, que las partes celebraban desde un lugar distinto al del inmueble enajenado. En cualquier caso, reconoce, no llegó a concebirse una entrega en ausencia de ambas partes; en principio, debía hacerse presente, en el momento de la entrega, o el *tradens* o el *accipiens*.

⁸ RICCOBONO, *Traditio ficta*, en *ZSS. rom. Abt. 33* (1912), pp. 259 ss. y *ZSS. rom. Abt. 34* (1913), pp. 159 ss.

⁹ El autor es claro cuando afirma en *ZSS. rom. Abt. 34* (1913), p. 159: "E incomincio dal dire che avanti Giustiniano in nessun momento fu ammessa efficacia costitutiva al documento per sé, e meno poi in ordine al trasferimento del possesso e della proprietà".

En contra del posible abuso que podía derivarse de la práctica documental en los actos de transferencia, pareció reaccionar con especial energía el emperador Diocleciano (fines del siglo III d. C.), lo cual queda en evidencia a la luz de una serie de rescriptos en los que parece exigir una entrega material o posesoria, restando valor a las meras declaraciones de entrega. El estudio de estos rescriptos, que no podrá llevarse a cabo en este trabajo, permite conocer el verdadero alcance de las prevenciones de este emperador, y entender la praxis contra la que reaccionaba¹⁰.

Un régimen particular se observa en relación con las transferencias que tenían por causa una donación, que parecen escaparse al sistema general de transferencia, y en las que los propios emperadores se mostraron más indulgentes a la hora de exigir la entrega material y corporal. Este régimen ha de estudiarse en el marco de la *lex Cincia de donationibus et muneribus* (204 a. C.)¹¹, que hacia esta época estaba siendo sobrepasada por una realidad que hacía incomprensible las circunstancias de la época en que se promulgó¹². En efecto, según sabemos, los romanos eran más bien reacios a los actos de liberalidad, que estimaban sospechosos, sobre todo cuando se realizaban en favor de extraños. Las personas exceptuadas de la prohibición de donaciones excesivas a extraños, establecida por la *lex Cincia (personae exceptae)*, en cambio, además de poder recibir donaciones sin ese límite legal, parecían gozar de ciertos privilegios, en el sentido de que la transferencia de la propiedad se produjera sin necesidad de esperar a la entrega posesoria, bastando con una forma simbólica de entrega, o con la extensión del documento en que constaba el acuerdo de donación. Una serie de rescriptos de esta época parece evidenciar esta nueva tendencia que se fue imponiendo en la práctica¹³.

¹⁰ Vid. M. Angeles SOZA, *Valor de los documentos relativos a transferencias (tiempos de Diocleciano)*, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 4 (2000), pp. 535 - 543.

¹¹ Las noticias relacionadas con este plebiscito nos llegan a través de los *Fragmenta Vaticana* (250 - 316).

¹² MURGA, *Donaciones y testamentos in bonum animae en el derecho romano tardío* (Pamplona, 1968), p. 104 ss., sostiene que la *desuetudo* de esta legislación se debe, en parte, al impulso cristiano, que favorece los actos de liberalidad con el fin de salvar la propia alma (*pro redemptione animae*). De todos modos, este nuevo espíritu cristiano de liberalidad se halla de algún modo preparado por una corriente ideológica que se observa ya desde fines de la República, que consideraba la dádiva como manifestación de grandeza de ánimo. Por otra parte, el desuso se debe a que ya no estaba vigente el sistema pretorio de protección basado en la mecánica de la *exceptio*.

¹³ Particularmente importante parece ser, a este respecto, el artículo de VOCI, *Tradizione*, cit. (n. 5), pp. 87 ss., cuyo mérito es, a nuestro juicio, el haber vinculado el sentido de estos textos al régimen especial de las donaciones. De este modo, la interpretación de Voci constituye un fuerte contrapeso frente a la posición de Brunner, por

II. ANTECEDENTES CLÁSICOS DE LAS INSCRIPCIONES INMOBILIARIAS

Decíamos que en la época clásica las transferencias de bienes inmuebles se realizaban –dada su categoría de *res Mancipi*– de acuerdo con las formalidades de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, y que, en caso de tratarse de fundos extratílicos –*res nec Mancipi*– bastaba con una simple *traditio*. Al parecer, eran las solemnidades que rodeaban los traspasos de las *res Mancipi*, entre las que se encontraban los fundos itálicos, las que hacían innecesaria la existencia de registros en que constaran las transferencias relativas a este tipo de bienes. Sin embargo, no está solucionado el tema de la publicidad y de la seguridad en las transferencias que se realizaban fuera de Italia, por una parte, ni tampoco la interrogante acerca de si existía en época clásica algún tipo de registro o catastro en el que quedara reflejada la historia de las enajenaciones relativas a las propiedades inmobiliarias. Suele decirse que los romanos de la época clásica no utilizaron ningún tipo de registro en que pudiera constar una muestra de los inmuebles existentes en el imperio. Sin embargo, se han encontrado algunos rastros de registros romanos que, aunque no parecen tener el objetivo de reflejar la historia de la propiedad inmobiliaria, sí cumplieron otras funciones sumamente importantes, sobre todo desde el punto de vista fiscal. Por otra parte, en la provincia de Egipto, los romanos sí emplearon –en la época clásica– los registros de transferencias inmobiliarias ya usados por los Ptolomeos para fines de carácter tributario y de seguridad jurídica.

a) Veamos, en primer lugar, el sistema romano del censo, que, aunque de un modo fragmentario, de algún modo revela la existencia de un registro que permitía al menos conocer la situación geográfica de los fundos. En el censo encontramos un particular sistema de registro que era utilizado desde muy temprana época¹⁴ en la organización fiscal y administrativa de Roma,

una parte, y a la de Riccobono, por otra, quien, ante la imposibilidad de explicarse textos tales como CI. 8, 53, 1 (a. 210), opta por afirmar que todos ellos estarían interpolados, según el deseo de Justiniano de generalizar los actos de disposición *solo consensu*.

¹⁴ Según dice la tradición, fue introducido en Roma por Servio Tulio, que fue el sexto rey legendario de Roma, que gobernó aproximadamente entre los años 578 al 534 a.C. Este rey estableció que todos los romanos debían tributar en el censo declarando su estado y edad, los nombres y edades de sus mujeres e hijos. Todos los romanos debían enumerarse, a fin de inscribir en los registros públicos su patrimonio evaluado en dinero. Estas declaraciones debían hacerse bajo el juramento solemne de decir la verdad (*professiones censuales*), de modo que nada, tanto en valor como en cantidad, debía ser omitido. Los censados tenían además que indicar el nombre de sus mujeres e hijos, con la finalidad de tener la certeza de sus obligaciones familiares con

con motivo del cobro de impuestos. La recaudación quinquenal del impuesto se hacía en proporción a la fortuna mobiliaria e inmobiliaria del censado o contribuyente.

En un primer estadio de evolución, el censo se mantuvo con modificaciones de poca importancia hasta la última república¹⁵. En la *lex Iulia municipalis* (45 a. C.) se establecieron una serie de normas sobre las operaciones del censo en las villas municipales italianas¹⁶. Después, debido al enorme crecimiento del imperio romano, los gobernantes se vieron impulsados a idear nuevos sistemas para hacer más efectivas las operaciones censuales en las diversas provincias romanas. Se establecieron formas determinadas de realizar el censo en los fundos: las mensuras –que se tomaban sobre la base de cálculos geométricos y geográficos– eran ejecutadas sobre el terreno de las fincas que debían censarse. Por lo demás, ya Julio César había proyectado la delimitación y descripción geográfica del imperio, que Augusto concretó en el año 19 a. C.¹⁷. El cuarto período de la historia del censo comienza con el ordenamiento de Diocleciano, que organizó la administración del imperio sobre un nuevo plan. En el bajo imperio, el censo fue aplicado de una manera uniforme a todas las personas y a todos los bienes del imperio romano¹⁸.

Desde un comienzo, los roles de los impuestos se basaron en los registros del censo; pero con Augusto se implantó un nuevo sistema de registro de

ellos, debiendo agregar en qué barrio urbano o rural estaban domiciliados. Las operaciones de avalúo eran realizadas por los mismos padres de familia, sin perjuicio de ser también supervisadas, primero, por los cónsules y, en una época posterior, por los censores. KAÏLA, *L'unité foncière en droit romain. Exposé récapitulatif et critique* (Paris, 1927), cap. VII, pp. 46 ss.

¹⁵ KAÏLA, *Unité foncière*, cit. (n. 14), p. 51 s. El censo, según cuenta la tradición, fue interrumpido por el último rey (Tarquino el Soberbio), pero retomado luego por el vigésimo cónsul, P. Valerius Publicola, en el año 508 a. C.

¹⁶ *Fontes I (leges)*, p. 88-89, líneas 145 - 148 (*Lex Iulia, dicta Iulia municipalis*) en relación con el censo: *omnium municipium colonorum suorum quaeique ejus praefecturae erunt, q(eui) c(ives) R(omanei) erunt, censum agito, eorumque nomina praenomina patres aut patronos tribus cognomina et quot annos quisque eorum habet, et rationem pecuniae ex formula census, quae Romae ab eo, qui tum censum populi acturus erit, proposita erit, ab iis jurateis accipito.*

¹⁷ KAÏLA, *Unité foncière*, cit. (n. 14), p. 54. Esta delimitación parece ser solamente un trazado de circunscripción de ciertas ciudades que no la tenían en esa época. Augusto ordenó otro censo general y ordinario destinado a servir de base a la estatización (*breviarium imperii*) que pretendía, y, sin duda, también a las reformas financieras exigidas por la organización de la nueva monarquía.

¹⁸ Era el resultado natural de la extensión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, decretada por Caracalla en el año 212 d. C.

inmuebles, llamado “catastro”¹⁹, cuyo fin era el cobro de los impuestos territoriales. En los roles de este catastro estaban inscritos todos los fundos, con indicación de su extensión y su calidad²⁰, al igual que ocurría en el censo.

Como podemos notar, el catastro era un registro exclusivamente real, a diferencia del censo que era una nómina personal de todos los contribuyentes de cada localidad con la inscripción de sus respectivos bienes muebles o inmuebles.

De todos modos, y pese a la creación de este nuevo sistema de registro, el censo continuó utilizándose como un requerimiento de las ventas inmobiliarias en el derecho postclásico²¹. Frente a la duda acerca de la existencia simultánea de estos dos tipos de registros²², pensamos que el censo siempre se siguió ocupando para el cobro de las contribuciones territoriales, aunque, por razones prácticas, se exigió un catastro, aparte del censo, para las nuevas provincias que eran conquistadas por el imperio y en las cuales no era posible usar este sistema. Asimismo, en los lugares en que se utilizó el censo, se incluyeron las especificaciones del catastro.

En definitiva, tanto los procedimientos del censo como los del catastro se basaban en unidades inmobiliarias de derecho fiscal, y en este sentido, no estaban destinados a servir de partida y de fundamento para actos jurídicos de derecho privado. En efecto, aunque estos libros o registros reflejaban la existencia de unidades territoriales, en ellos no se contenía la historia de los traspasos de propiedad. El derecho romano clásico, pues, no conoció más que un sistema catastral rudimentario que sirvió de fundamento para la repartición del impuesto directo que, hasta las reformas de Mario²³, estuvo estrechamente ligado a la organización militar de Roma²⁴.

¹⁹ La palabra catastro es una abreviación de “*capitastrum*” que deriva, a su vez, de “*caput*”.

²⁰ WEISS, *Kataster*, en *Pauly-Wissowa X*, p. 2.491. La naturaleza exacta de los planos del catastro en tiempos de Augusto no parece estar definitivamente establecida. El catastro de Augusto era un registro de tierras hechas por oficiales públicos para el cobro mensual de los impuestos, según el sistema de folio real.

²¹ FV. 35, 3; CI. 4, 47; CTh. 11, 3.

²² GALLO, *Per la interpretazione di Vat. Fragm. 35*, en *Studi Betti* (Milano, 1962), II, p. 459 - 460. En n. 29 se mencionan ejemplos de la existencia de un aparente catastro: CTh. 11, 3 y CTh. 13, 11, 16, correspondientes a CI. 4, 47 y CI. 11, 58, 7.

²³ Quien, como se recordará, gobernó entre 107 - 100 a.C., y fue cónsul siete veces.

²⁴ Los principales impuestos directos en el derecho romano eran el *tributum* o *stipendium* y el *vectigal*. El primero, era un impuesto territorial que fue establecido principalmente para cubrir los gastos de guerra del imperio, cuando las arcas fiscales no tenían medios para solventarlas. El segundo, era un impuesto específico de contri-

b) Examinemos ahora otro antecedente –mucho más decisivo– de lo que modernamente se entiende por registros de transferencia inmobiliaria. La conquista de Egipto (a. 30 a. C.)²⁵ determinó, por parte de los romanos, la adopción de algunos rasgos relevantes del sistema jurídico egipcio, como fue el caso del mecanismo de la documentación y protocolización de los actos jurídicos, que podía reportar al Imperio notables beneficios.

En el tema que nos ocupa, Egipto había desarrollado un padrón relativo a la adquisición de bienes inmuebles. Se trataba de un archivo o registro de documentos privados, y otro anexo de adquisiciones, organizado de acuerdo con el sistema de folios personales, en el que figuraban los nombres de los propietarios por orden alfabético. La principal función del registro era la de reflejar la situación jurídica del bien y la distribución de la posesión y dominio de los fundos inscritos, quedando registrados tan sólo los bienes inmuebles privados²⁶.

bución de bienes raíces. De todos modos, autores como FERNANDEZ DE BUJAN, *Derecho público romano y recepción del derecho romano en Europa* (Madrid, 1999), pp. 208 s., sostienen que el término *vectigal* adopta preferentemente la significación de impuesto indirecto, o sea, “aquel que se exige en virtud de la realización eventual o accidental de un hecho (adquisición de un bien, acceso a una ciudad o tránsito a través de un puerto...) por parte de una persona”. En este sentido se trataría de un impuesto asimilable, por ejemplo, a la *scriptura*, *aurum vicesimarium*, *vicesima hereditarium*, *portoria*, etc. Augusto crea dos clases de tributos: el *tributum capitis* y el *tributum soli*. El primero era un impuesto personal que gravaba de modo uniforme a los ciudadanos romanos y a los habitantes de las provincias. El segundo gravaba el suelo provincial y era proporcional a la productividad del terreno. Era similar al anterior *tributum*, y tomaba como referencia el catastro romano para valorar los inmuebles de toda clase. El procedimiento de este impuesto territorial comenzaba por la declaración de los bienes por parte del contribuyente, una vez estimado su valor, en un trámite similar al del censo. Finalmente era pagado en dinero, salvo en ciertas provincias que era en especie. Una tercera etapa de la historia tributaria romana está dada por la legislación de Diocleciano, que estableció un nuevo sistema de catastro para cobrar el impuesto a los bienes raíces, basándose en la inscripción real. Consistía en dividir el suelo en unidades fiscales de igual valor –*jugum* o *caput*– que no necesariamente tenían la misma extensión, conformando una unidad real de bienes inmuebles determinados por la ley con una cierta calidad específica, para servir de base al impuesto de contribución territorial o *annona*. Vid. KAÏLA, *Unité foncière*, cit. (n. 14), pp. 57 ss.

²⁵ Al producirse la división del imperio, a la muerte de Teodosio I (a. 395 d. C.), Egipto formó parte del bajo imperio de Oriente. Dicha dominación termina el año 640 d. C., cuando Egipto fue invadido por los árabes.

²⁶ La inscripción se refería fundamentalmente a los actos jurídicos que afectaban a los inmuebles, especialmente la transmisión de la propiedad sobre este tipo de bienes. También era aplicable a la constitución y extinción del derecho de hipoteca y los distintos trámites para ejecución promovida por el acreedor hipotecario; los de la ejecución forzosa llevada a cabo por el fisco contra sus deudores; las prohibiciones de

El procedimiento se iniciaba con una solicitud en la cual el enajenante pedía que se expidiera una orden de celebrar el contrato, la cual era facilitada después de comprobar el curador del registro que el enajenante era capaz para transferir. Sólo una vez obtenida esta autorización, podían los notarios poner sus servicios a disposición de las partes para documentar el negocio. Después de otorgada la escritura del contrato, y, presentando un ejemplar de éste, el adquirente formulaba ante el encargado una declaración formal de su adquisición, asumiendo además las cargas públicas que pesaran sobre el derecho adquirido. Sobre la base de esta declaración se realizaba la inscripción propiamente dicha en los libros registros.

Es posible, según Álvarez Suárez²⁷, que una transferencia no registrada no tuviera efecto contra terceros que hubieran inscrito su derecho. No está claro, por otra parte, si se daba protección al adquirente de buena fe de un derecho inscrito, aun cuando hubiese adquirido de un no legitimado.

Los romanos, aunque no tenían ellos mismos un sistema de inscripción inmobiliaria, adoptaron el que usaban los egipcios y lo utilizaron sobre todo con intereses fiscales. Así lo refleja un papiro del año 163 d. C.²⁸, que contiene, entre otras cosas, dos decretos del prefecto de Egipto²⁹.

En tales provisiones se declara que todos los traspasos de propiedad y constituciones de derechos reales e hipotecas debían ser regularmente inscritos en este registro, cuya función principal era asegurar la publicidad en la transferencia de bienes raíces; pero también sirvió para cobrar el impuesto inmobiliario equivalente al censo, función que requería de un catastro de dichos bienes.

enajenación de inmuebles y las exenciones de impuestos de que disfrutaban determinadas personas. Un aspecto interesante de este mecanismo de registros, según destaca SCIALOJA, *Teoría della proprietà nel diritto romano* (lezione ordinate curate edite da Pietro Bonfante) (Roma 1931), II, pp. 167 s., –y en esto se asemeja a los sistemas modernos de inscripción inmobiliaria– es que podía suceder que la propiedad se separase de la posesión, de modo que se tuviesen dos propiedades, una jurídica y otra de hecho, lo cual, a su modo de ver, no pasaba según el sistema de Constantino (vid. supra), en el sentido de que la *insinuatio* dejaba constancia de una entrega realmente efectuada.

²⁷ ÁLVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes*, cit. (n. 1), p. 73.

²⁸ El papiro, que contiene la petición de Dionysia, está publicado en *The Oxyrhynchospapiri*, London II p. 152 - 164, y en *BIDR.* 13, fascículo I, p. 40 ss., con una traducción latina de Bonfante y con un artículo del profesor De Ruggiero, que resume y comenta la regulación contenida en esta fuente. Vid. también SCIALOJA, *Proprietà*, cit. (n. 26), p. 161 - 162 y n.2.

²⁹ *Exemplum decreti Similis. Flavius Sulpicius Similis, praefectus Aegypti, dicit: Inquirenti mihi ut discerem ex quo argumento definiretur mulieres Aegyptias secundum regionis morem habere bona virorum ex nuptiarum instrumentis ipsis et filiis (obligata) saepissime per annum quaestionibus ortis [...] aliis librorum tabulariis contractus seorsum deponi iussisset Mettium Rufum [...] praefectum exempla contractuum in virorum tabulis*

El registro inmobiliario de la provincia de Egipto, por sus inscripciones especiales (traspasos de propiedad, constituciones de derechos reales e hipotecas y otros gravámenes)³⁰, fue una novedad para el derecho romano, y, según creemos, pudo ser un importante antecedente de la legislación que un tiempo posterior impondría Constantino.

Aunque no sabemos por qué estos registros no se aplicaron en otras provincias del imperio, sí podemos suponer que ello se debió a que entre romanos, el sistema de garantías reales, a diferencia del derecho de origen griego³¹, no alcanzó su pleno desarrollo debido a la preferencia que siempre manifestaron por las garantías personales. Por otro lado, debe advertirse que el derecho egipcio ya conocía el sistema registral en general, de modo que, más que idearlo los romanos para la provincia egipcia, se sirvieron de un sistema ya existente³². Según sostiene Schulz³³, el derecho romano no se

inscribi, et hoc decreto constituisse, cuius exemplar subieci, ut manifestum faciam sequi me Mettii Rufi [...] anno XXIII Athyr XII. Marcus Mettius Rufus praefectus Aegypti dicit: Claudius Arius (Arrius) strategus Oxyrynchiti me certiore fecit neque privatas neque publicas res convenientem ordinem servare ex eo quod longo iam tempore non uti oportuit in tabulario possessionum tabulae administratae sint, etsi saepe a praefectis qui ante me fuerunt decretum sit ut eam quae oporteret correctionem reciperent. Quod non bene continget nisi antea exempla fiant. Iubeo igitur omnes dominos intra sex menses proprium dominium inscribere in tabulario possessionum, et creditores quas habeant hypothecas et ceteros quae habeant iura, descriptionem autem faciant declarans quisque unde bonorum descenderit in eos dominium. Referant autem et mulieres in tabulas virorum, si per aliquam regionis legem substantiae obligatae sunt. Item et liberi in parentum, quibus usus fructum quidem publicis instrumentis reservatur, proprietates vero post mortem liberis concessa est, ne contrahentes per ignorantiam decipiantur. Iubeo autem et eos qui scribunt contractus et eos qui custodiunt nihil sine mandato curae librorum perficere, scientibus id inutile (non modo), sed etiam ipsos contra iussa agentes poenam passuros statutam. Si vero sunt in tabulario superiorum temporum descriptiones, cum omni diligentia custodiantur, similiter et exempla, ut si qua fiat investigatio in posterum de iis quae non ut oportuit descripserunt, ex illis arguantur. Ut igitur firmus et in perpetuum maneat tabularum usus, ne rursus inscriptione opus sit, iubeo librorum custodes quinto quoque anno tabulas renovare, in novas relata postrema cuiusque nominis descriptione secundum vicos et formas. Anno VIII Domitiani mensis Domitiani IV Ex commentariis Petronii Mamertini Anno XVIII Hadriani Athyr XV.

³⁰ El gran desarrollo catastral de los egipcios hace posible la conservación de la historia de la propiedad raíz, que es uno de los rasgos de los modernos registros de propiedad.

³¹ En cualquier caso, SCIALOJA, *Proprietà*, cit. (n. 26), p.162. no descarta que algo similar pueda haber pasado en otras provincias del Imperio, en que también los gobernadores se habrían dejado permear por instituciones provenientes de los derechos locales.

³² Según el interesante y minucioso trabajo de ÁLVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes*, cit. (n. 1), pp.69 ss., los ptolomeos habían creado una serie de impuestos que gravaban las transferencias de propiedad y la constitución de derechos reales, los cuales se cobraban

interesaba, al menos en la época clásica, por la publicidad de los actos de transferencia, no porque fuese un derecho primitivo en este aspecto, sino por su carácter más liberal en temas de propiedad.

III. ANTECEDENTES POSTCLÁSICOS DE LAS INSCRIPCIONES INMOBILIARIAS

En la introducción de este trabajo hemos dicho que ya en tiempos de Diocleciano se observa una tendencia del poder imperial a reprimir las prácticas que daban al documento un valor excesivo, particularmente cuando ellos acreditaban la entrega de los bienes.

En tiempos de Constantino, aunque en principio se mantuvo la idea de Diocleciano en el sentido de exigir una *traditio* corporal, se añadió una serie de requisitos formales a la entrega, sobre todo en relación con los bienes inmuebles, que le hicieron perder, en cierto modo, el carácter de acto informal que siempre había tenido. Se estableció un régimen diferenciado para la venta y para la donación de bienes inmuebles; la entrega de los inmuebles por causa de venta debía estar rodeada de solemnidades como era la presencia de los vecinos; y la entrega de inmuebles por causa de donación, además de la presencia de los vecinos, debía quedar registrada en los libros de un gobernador provincial o magistrado municipal (*insinuatio*). Para la donación, se exigió además que ella constara en un documento; en el caso de la venta, la *scriptura*, en cambio, no se pedía expresamente, aunque era de frecuente aplicación³⁴. Por otra parte, Constantino volvió a poner en su sitio al documento, que nuevamente empezó a tener un carácter probatorio.

Veamos, pues, en qué consistió exactamente la regulación especial de Constantino en relación con la donación, y analicemos la forma de entrega que dispuso para los inmuebles.

en el momento en que se otorgaba el documento contractual. Esta obligación de someter los documentos a registro consta desde el año 231 a. C. Normalmente se dejaba constancia de haberse pagado el impuesto en el referido documento, pero también podía expedirse un recibo independiente. Las exigencias tributarias, pues, parecen ser el origen de la prescripción de registrar los documentos relativos a estos negocios, y, al parecer, la falta de registro tornaba inválido el documento.

³³ SCHULZ, *Derecho romano clásico* (traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960), p. 339.

³⁴ La legislación de Constantino en relación con la transferencia de la propiedad, consiste, en realidad, en una serie de rescriptos que se hallan recogidos en FV, y en *epistulae* dirigidas a funcionarios, las cuales pueden encontrarse en los *Codex Theodosianus* y *Iustinianus*. FV. 249 (CTh. 8, 12, 1.- a. 323); 291 (a. 313); 274 (a. 315); 290 (a. 316); 287 (a. 318); CTh. 8, 12, 2 (a. 317); 8, 12, 4 (a. 318); 8, 12, 3 (a. 323). Para el análisis de estos textos, vid. especialmente, VOCI, *Tradizione*, cit. (n. 5), pp. 96 ss.

1. La “*insinuatio*” de las donaciones en Constantino

El emperador Constantino estableció una legislación que a nuestros ojos reviste especial interés y que analizaremos a continuación. Ella se encuentra en una constitución del año 316 recogida en los *Fragmenta Vaticana* 249³⁵.

Según se establece en el párr. 1³⁶, se habían originado muchas controversias en relación con la donación, lo cual se daba, por un lado, porque el sistema existente distinguía entre donaciones perfectas e imperfectas, y, por otro, porque la donación hasta ese momento sólo era una causa motivante, y no un negocio perfecto en sí mismo³⁷.

En el párr. 2³⁸, el emperador establece una nueva forma para la donación, que se transforma en un negocio típico, aplicable a todas las donaciones, con exclusión de las exceptuadas. El motivo de la exigencias establecidas – los signos, nombres y denominaciones (*signa, nomina, nuncupationes*)– se entiende precisamente si se piensa que el emperador quería, a toda costa, eliminar las simulaciones y asegurarse de la manifestación de voluntad de las partes³⁹.

En el párr. 3⁴⁰, se distingue entre *donatio* directa y *mortis causa*: la primera es aquella que tiene efectos inmediatos, mientras que la segunda contiene una cláusula accesorias por la cual la donación producirá efectos a la muerte del donante.

³⁵ En el análisis de esta fuente, seguimos, en parte, a PALMA, *Donazione e vendita – advocata vicinitate – nella legislazione costantiniana*, en *Index* 20 (1992), pp. 477 - 503.

³⁶ FV. 249, 1: “*Multas saepe natas ex donatione causas cognovimus, in quibus vel adumbrata pro expressis vel inchoata pro perfectis vel plurima pro omnibus controversiam faciant, cum agentium visa pro ingenio ac facultate dicendi aut perfecta deformarent aut inchoata perficerent...*”.

³⁷ Según PALMA, *Donazione*, cit. (n. 35), p. 479, la constitución se refiere a las causas litigiosas que nacen a propósito de las dudas y errores referidos a la interpretación de la “*causa donandi*”, contenida en distintos negocios jurídicos como una cláusula anexa.

³⁸ FV. 249, 2: “*Tempestiva dehinc communium donationum cura successit, absolutis enim illis, quae ideo prima sunt, quoniam sunt religione potiora, circumacto animo ad universum donationum genus conspeximus omnes earum species signis ac nominibus inprimendas, ut in hominum contractibus differentiam sui nuncupationum proprietate secernant*”.

³⁹ GUZMÁN, *Derecho privado romano* (Santiago de Chile, 1996), II, p. 623.

⁴⁰ FV. 249, 3: “*Itaque sive illa donatio directa sit, sive condicionibus faciendi non faciendive suspensa, sive ex aliquo nonato tempore promissa, sive ex animo dantium accipientiumve sententiis quantum jus sinit cognominata, ejus haec prima observatio est, ut quas leges indulgent condiciones pactionesque promantur, hisque penitus cognitiss vel recipiantur, si complacitae sunt, vel rejiciantur, si sunt molestae. Sed jure requisitis parendum erit nec denegabitur officium quin simul spes abjiciatur adipiscendi*”.

Palma⁴¹ afirma que el emperador, además de haber ilustrado el inconveniente del régimen de la donación no reformado hasta ahora, en el cual la ambigüedad de la cláusula (causa de donación) dejaba amplio espacio a distintas interpretaciones, introduce una enumeración no taxativa de las especies de donaciones: *directa, mortis causa, y condicionibus suspensa*. En este sentido, las cláusulas que se inserten como pactos o condiciones deben darse a conocer, aceptándose las lícitas y rechazándose las no ajustadas a derecho. Estas cláusulas deben incluirse en el acto de donación, para lo cual se requerirá la redacción del acto con expresión de todo su contenido, debiendo hacerse en forma pública.

En el párr. 4⁴², se libera a los menores indefensos de las cargas impuestas por las condiciones y pactos inherentes a las donaciones, de las cuales deben hacerse cargo sus defensores.

En el párr. 5⁴³, se establece el primero de los requisitos de la donación: la escritura, a través de la cual se impone al notario la obligación de indicar el nombre del donante, la *res* y el derecho objeto de la transferencia. El acto debe ser redactado en dos ejemplares, públicamente (*neque id occulto aut per imperitos aut privatim*), es decir, a través de la colaboración de un oficial auxiliar. De todos modos, la *tabula donationis* puede ser redactada por el donante o encargada a él, con la presencia de testigos y la descripción de la persona y cosa que va a ser donada. Esta formalidad tiene un único fin, que es impedir la clandestinidad en la realización de múltiples donaciones sobre la misma cosa, ventas sucesivas a donaciones ya computadas. En definitiva, se trata de evitar los conflictos nacidos a propósito de donaciones, que antes se daban precisamente por la escasa publicidad a la que éstas estaban sometidas⁴⁴.

Según algunos, el documento en el cual consta el nombre del donante y de la cosa vendría a ser el título de propiedad del donante. Esta opinión es

⁴¹ PALMA, *Donazione*, cit. (n. 35), p. 480.

⁴² FV. 249, 4: "*Inretiri sane condicionibus indefensos minores, quoniam praestare promissa difficile est, non placuit. Quorum tamen defensores, si forte per eos in obeundis donationum officiis, quarum cura erit recepta, neglecta utilitas minoris probabitur et ita minor commodis spoliabitur, rei amissae periculum praestabunt; ita rei familiaris dispēndii metus etiam segniores ad ea conficienda ex tarditate incitabit*".

⁴³ FV. 249, 5: "*Post in iisdem conscribendis praecipue nomen donatoris, jus ac rem notans proscribat. Tum utrumque jure compleatur, neque id occulto aut per imperitos aut privatim; his enim rebus saepe clandestina fraus, et quae facta sunt infecta et inducta quae scripta sunt simulans aliisque ac dehinc aliis largiendo atque donando ac saepe venum dando, multos habendi spe allectos concurrere in expugnada sibi proprietate impulit*".

⁴⁴ PALMA, *Donazione*, cit. (n. 35), p. 480. Una relación sintética acerca de la gama de posibles fraudes que, con anterioridad a esta reforma, causaban las donaciones, puede verse en HONORÉ, *Conveyances*, cit. (n. 7), p. 146 s.

objetada por Voci⁴⁵, quien afirma que tal escrito deja constancia más bien del derecho que se quiere transferir al donatario: propiedad, usufructo, enfiteusis, etc. No le parece necesario que conste el título de propiedad en el documento, ya que las disposiciones de la ley pretenden proteger al donatario por otro medio, que es precisamente la publicidad del negocio, que se efectuaba frente a testigos.

Según Colorni⁴⁶, Constantino no prescribe la escritura para todo tipo de donaciones, sólo dispone que cuando se hace por escrito debe cumplir ciertos requisitos, y agrega, por otra parte, que para que las donaciones sean irrevocables, es necesaria la *traditio*.

En el párr. 6⁴⁷, se reitera la indicación relativa a la forma de redactar la tablilla, admitiendo que pueda hacerlo, no sólo el notario, sino también el donante o un tercero pero siempre en presencia de testigos, haciendo mención de la parte y de la cosa donada. Según creen algunos autores, el uso de la escritura ya era habitual en relación con este tipo de negocios, de modo que Constantino no hizo más que reconocer la práctica común⁴⁸.

Pero se agrega, además, lo que constituye el eje central del párrafo en cuestión: la exigencia de la tradición corporal. La finalidad de esta entrega presenciada por testigos, vecinos y árbitros, es la de combatir la clandestinidad. De no existir estas prescripciones, el propietario podría cometer una serie de irregularidades, como, por ejemplo, donar primero a uno y luego a otro, o incluso vender después de haber donado, por lo cual muchas personas se disputarían la misma cosa.

En consecuencia, el objetivo que tienen estas prescripciones relacionadas con la tradición corporal, que además debe ser solemne, es la de evitar que personas no autorizadas ocupen la cosa (en forma violenta o sin permiso). Según Voci⁴⁹, para la tradición mobiliaria era necesaria la presencia de

⁴⁵ VOCI, *Tradizione* cit. (n. 5), p. 102.

⁴⁶ COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare* (Roma, 1954), p. 104 n. 13.

⁴⁷ FV. 249, 6: "*Tabulae itaque, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo quem fors sumministraverit scientibus plurimis prescribantur eaeque, ut supra comprehensum est, rebus nominibus personisque distinctae sint; ac tum corporalis traditio (in quam saepe multi talia simulando inrepentes aut vi corpora capientes sollemne illud jus ac voluntarium in concessa usurpatione praeripiunt) ea igitur ipsa rerum traditio praesentium, advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, conventu plurimorum celebretur*".

⁴⁸ VOCI, *Tradizione*, cit. (n. 5), p. 103. El autor afirma que Constantino recogió los requisitos de la práctica negocial que venía dándose por el auge de la escritura, pero adelantándose al uso común, al no exigir que el documento lo redacte exclusivamente el *tabellio*, pudiendo hacerlo también el donante o un tercero con su consentimiento.

⁴⁹ VOCI, *Tradizione*, cit. (n. 5), p. 104.

la cosa y de ambas partes, mientras que para la tradición inmobiliaria se requería que donante y donatario se acercaran al fundo con el objeto de llevar a cabo la *inductio in vacuam possessionem fundi*. Todo hace pensar, según el autor, que Constantino, en este párrafo, dirigía la vista especialmente a la tradición de inmuebles: tanto la ocupación no autorizada de la cosa, que intenta prevenir, como la presencia de los vecinos, que establece como requisito esencial, no podían sino referirse a los inmuebles.

Podemos decir, por otra parte, que en esta ley de Constantino, y particularmente sobre la base de este párrafo del texto, comienza a hacerse efectiva la diferenciación entre bienes muebles e inmuebles, cuyas formas de transferencia se diferencian en cuanto a las formalidades requeridas. Por otro lado, la tradición pasa a convertirse en un modo solemne y principal de transferir el dominio, quedando la *mancipatio* relegada al olvido⁵⁰.

En efecto, a partir de este momento, la transferencia inmobiliaria –que durante varios años se había practicado sin formalidad alguna– va a producirse de un modo formal, debiendo ser acompañada de la presencia de un elemento de publicidad. Si la tradición es claramente un acto no solemne, parece que desde esta época empieza a ser solemne, al menos en relación con ciertos negocios y determinados bienes. Puede decirse que la función de publicidad que tenía la desaparecida *mancipatio*, la llena ahora esta nueva tradición rodeada de formalidades. Y, según se verá más adelante, el requisito de la *insinuatio* –que nació para registrar las donaciones, tanto de muebles como de inmuebles– se extenderá progresivamente a transferencias de inmuebles que se entreguen por causas distintas de la donación. De este modo, el paso dado por Constantino es la primera huella de una tendencia a devolverle a la transferencia inmobiliaria sus naturales exigencias de publicidad.

Entre los diversos autores que se han pronunciado sobre este tema de la distinción entre bienes muebles e inmuebles, vemos que hay bastantes diferencias. En primer lugar, Kübler⁵¹, quien afirma que la nomenclatura de cosas muebles e inmuebles es desconocida para los clásicos, y, cuando así aparece en el Digesto, el texto está casi siempre interpolado⁵². En efecto, a

⁵⁰ En todo caso, no es un tema pacífico. Hay autores que sostienen que la *mancipatio* habría mantenido su vigencia en la época postclásica. Para un análisis de este punto, puede verse COLORNI, *Per la storia*, cit. (n. 46), especialmente pp. 118 ss.

⁵¹ KÜBLER, *Res mobiles und immobiles*, en *Studi Bonfante* (Milano, 1930), II, pp. 347 ss.

⁵² En relación con este punto, *vid.* también SCHILLER, *Res mobiles, immobiles and se moventes*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano* (Pavia, 1935), pp. 431 ss. quien dice, en resumen, que la distinción entre bienes muebles e inmuebles no tiene relevancia en la época clásica, pero la triple distinción entre *res mobiles, immobiles*

su modo de ver, aunque efectivamente la distinción entre *fundi* y *ceterae res* ya se observa en la ley de las XII Tablas, y, pese a que los interdictos posesorios precisamente se distinguen según protejan bienes muebles o inmuebles, esto no sucede en el ámbito de la transferencia de bienes, en que la diferencia entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* es la que aparece como fundamental. Una opinión un tanto distinta es la de Gallo⁵³, según la cual, la distinción entre bienes muebles e inmuebles aparece ya en época clásica, y, entre los factores que habrían determinado su aparición, se encuentran, por un lado, la reducción del ámbito de aplicación de la *Mancipatio*, y, por otro, la extensión del uso de la *traditio*. El mayor uso de la *traditio* se debe particularmente a la tutela pretoria que se daba a los adquirentes *ex traditione* de *res Mancipi*. De este modo, los particulares seguían usando la *Mancipatio* en relación con cosas que eran consideradas *pretiosiores*, especialmente los inmuebles. Se usaba con frecuencia, en cambio, la *traditio* para transferir cosas no consideradas como tales: los esclavos y los animales de tiro y carga, por ejemplo. En definitiva, según este autor, la distinción habría sido fruto de las nuevas condiciones sociales y económicas que se presentan en una avanzada época clásica.

En virtud de estas disposiciones, por otra parte, el emperador refuerza la voluntad de Diocleciano en el sentido de asegurar que la *traditio* verdaderamente fuese corporal⁵⁴. Si bien es cierto que ello podría demostrar que la práctica tendía a favorecer las entregas simbólicas o ficticias, las mismas disposiciones comentadas comprueban que la voluntad de estos emperadores era recordar que en derecho romano existía una nítida diferencia entre el negocio fundante (causa) y la toma posesoria, con la que se adquiría el dominio. Es quizá esta clarísima distinción –incluso cronológica– que exige Constantino, primero en la donación y después en la compraventa, uno de los factores que impulsan a los juristas del siglo XVI⁵⁵ a desarrollar el famoso dogma del título y modo⁵⁶.

y *se moventes* aparece por primera vez en las fuentes en el año 443 d. C., en una constitución de Teodosio II, y que probablemente se habría desarrollado por influencia de la filosofía neoplatónica.

⁵³ GALLO, *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi* (Torino, 1958), pp. 230 ss.

⁵⁴ Vid. nota 10.

⁵⁵ Son los juristas del *mos Gallicus* (siglo XVI.) quienes dan cuerpo a la doctrina del título y del modo, aunque suele decirse que tal concepción ya se había fraguado al calor de diversas corrientes de derecho canónico y feudal, junto a tendencias de carácter filosófico (escolástica). En relación con este tema, vid. especialmente HOFMANN, *Die Lehre vom Titulus und Modus acquirendi und von der iusta causa traditionis* (Viena, 1872).

⁵⁶ La vinculación del nacimiento de este dogma con las legislaciones de Diocleciano

La primera parte del párr. 7⁵⁷ no hace más que repetir y especificar lo señalado en el párrafo anterior. En efecto, para la entrega de muebles, basta la presencia de las partes y de la cosa, en cambio, para la de inmuebles se requiere que donante y donatario se retiren del inmueble, es decir, que se cumpla el *tradere vacuam possessionem*. Pero se añade que todo esto –*quae omnia*– debe quedar registrado o insinuado *apud acta*⁵⁸.

Lamentablemente el texto de la ley no es suficientemente claro como para definir si es la escritura de donación, la entrega corporal con la concurrencia de los vecinos, o todo ello en su conjunto lo que debe insinuarse. Hay autores a los que el texto de la ley les sugiere que la *insinuatio* era la constancia en los registros de haberse realizado una entrega corporal solem-

y Constantino tiene como base, en primer lugar, la afirmación de la constitución imperial del año 293 d. C., atribuida a Diocleciano y Maximiano, CI. 2, 3, 20: “*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*”, que exige la existencia de un modo, ya que la propiedad no se transfiere por el mero consentimiento, que suele ser invocada como pilar del dogma, y también la nítida distinción de Constantino en relación con la entrega, que se perfila además como estrictamente posesoria. En efecto, la donación promisorias se configura como un contrato consensual, el cual necesita de un modo de cumplimiento, cual es la tradición; y cuando se trata de donación de bienes inmuebles, ambos actos –el acuerdo de donación y la entrega, que debe realizarse de un modo solemne– deben quedar separados. De este modo, la *traditio* cumple una función de ejecución de un contrato obligatorio, más que un estricto negocio causado de transferencia o modo de adquirir. Vid. CUENA, Matilde, *Función de poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales* (Barcelona, 1996), que cita, a estos efectos, en p. 228, n. 600, a de los Mozos, según el cual, la teoría del título y del modo produce una verdadera escisión entre el acto que fundamenta la tradición y la tradición misma, quedando esta última reducida a una función meramente solutoria y de paso de la posesión. Es evidente que otros muchos factores de carácter filosófico e histórico influyen en la estructuración del dogma, pero no por eso dejamos de destacar que alguna base textual de la época clásica y postclásica pudo también haber sustentado esta doctrina. En cualquier caso, es una tesis que debe ser desarrollada en otro momento y que requiere de ulteriores demostraciones.

⁵⁷ FV. 249, 7: “*Non enim aliter vacua jure dantis res erit, quam ea vel ejus voluntate, si est mobilis, tradatur, vel abscessu sui, si domus aut fundus aut quid ejusdem generis erit, sedem novo domino patefecerit. Quae omnia consignare actis judicis praestat, ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat, cujus aut scientiam capiat aut dissimulationem tegat*”.

⁵⁸ Desde un punto de vista etimológico, la *insinuatio* era, según GUZMÁN, *Derecho privado romano* cit, I, p. 623: “pliegue en semicírculo, curvatura, concavidad, sinuosidad”, donde *insinuare* quiere decir “introducir(se) en el seno”, y figuradamente “introducir algo en el ánimo de alguien, insinuar”; y en la época de que hablamos significaba “introducir en los protocolos públicos, registrar”, refiriéndose al registro de cualquier acto jurídico.

ne de un bien inmueble⁵⁹. Otros, por el contrario, piensan que se trata de una constancia mucho más completa, en la que debe registrarse el documento de donación y la entrega tanto de bienes muebles e inmuebles⁶⁰.

La solución de esta interrogante sólo puede encontrarse, según nuestro modo de ver, en la consideración de los posibles fines que habría perseguido Constantino al establecer la regulación contenida en este fragmento. Nos encontramos nuevamente aquí con encontradas opiniones doctrinarias.

Para Samper,⁶¹ la *insinuatio* es la *allegatio apud acta* de Constantino en la donación, que consiste, simplemente, en la entrega y depósito de la escritura de donación, que se ha de hacer ante el juez o la curia⁶².

Según Amelotti⁶³, la *insinuatio* no era un mero acto de transcripción en la curia municipal. Era, más bien, una lectura solemne de un acto escrito, que, luego de su verbalización, se transformaba en un documento público. También podía suceder que el interesado acudiese al magistrado de la curia sin un documento escrito de partida, pero que se levantara un acta de lo declarado ante el funcionario, otorgándose, posteriormente, copia auténtica de la relación verbal. La *insinuatio* no era un acto exclusivamente creado para oficializar la transferencia de inmuebles por causa de donación, era en realidad, un mecanismo general ideado para dar mayor valor a los documentos y transformarlos en públicos.

Si la *insinuatio* pretendía asegurarse del pago de determinados impues-

⁵⁹ Así, por ejemplo, STEINWENTER, *Beiträge zum öffentlichen Urkundenwesen der Römer* (Graz, 1915), p. 84: "Der § 7 des frg. Vat. 249, wo der wolle Wortlaut von C. Th. 8, 12, 1 erhalten ist, verlangt dagegen freilich nur die Verbuchung der Tradition der geschenkten Immobilien, nicht die Insinuation der Schenkung".

⁶⁰ SIMON, *Konstantinisches Kaiserrecht, Studien anhand der Reskriptenpraxis und des Schenkungsrechts* (Frankfurt am Main, 1977), pp. 113 ss.: "*Omnia* kann nicht nur die *traditio* von Immobilien meinen, aber auch nicht nur die Übergabe von Mobilien und Immobilien, sondern umfasst sowohl die Insinuation der Schenkungsurkunde wie der *traditio*".

⁶¹ SAMPER, *La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar*, en *AHDE*. 38 (1968). p. 198. El autor agrega que este trámite tenía antecedentes en la legislación romana anterior, como por ejemplo, en FV. 266a (del 229): "*Gregorianus libro XIII titulo. Imp. Alexander Flavio Menandro. Professio donationis apud acta facta, cum neque mancipationem neque traditionem subsecutam esse dicas, destinationem potius liberalitatis quam effectum rei actae continet. Eapropter quod non habuit filius tuus dominium, si quae adfirmas vera sunt, obligare pacto suo creditori non potuit, nec quod sine effectu gestum est vindicationem tui juris impedit. Proposita III Kal. Jan. Alexandro Aug. III et Dione II cons.*".

⁶² FV. 249; CTh. 8, 12, 1 *in fine*.

⁶³ AMELOTI, *Negocio, documento y notario en la evolución del derecho romano*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 29 (Madrid, 1987), p. 143.

tos directos⁶⁴, era más probable que interesara especialmente que se registrara el hecho de haberse realizado la entrega corporal del bien. Si lo que se intentaba, en cambio, era cobrar algunos impuestos indirectos que afectaban a determinados actos jurídicos⁶⁵, lo más probable es que la obligación de registrar se refiriera especialmente a la escritura de donación. Pero hay también una última alternativa: que Constantino tuviera en mente una variedad de finalidades al establecer esta regulación, y que exigiera, por tanto, que se inscribiera tanto la escritura de donación como el hecho material de la entrega.

A nuestro juicio, es probable que Constantino velase por varios fines, siendo particularmente relevante el fin de reforzar la publicidad de las donaciones. En este sentido, seguimos a Palma⁶⁶. A su juicio, la nueva estructura del negocio, así como las exigencias de protocolización se relacionan con la finalidad evidente de asegurar el aparato probatorio relativo a la donación⁶⁷. Tampoco cree que la institución haya tenido únicamente fines tributarios, Simon⁶⁸, manifestándose así en contra de autores tales como Zachariae v. Lingenthal, que relaciona la institución con la *lex Julia vicesimaria* como medio para asegurar la recaudación del impuesto a la herencia, aplicable también a las donaciones. Tampoco considera que esté relacionada con la *iugatio-capitatio* como medio de cobrar las contribuciones territoriales, ya que en el régimen fiscal instaurado por Diocleciano figuraban otros objetos de impuesto que no fueron igualmente sometidos a tributación por parte de Constantino. El autor, con razón se pregunta, si hubiera sido éste el único motivo de introducción del impuesto, ¿por qué Constantino no habría exigido también la *insinuatio* para la enajenación de bienes por causa de venta?⁶⁹

⁶⁴ Vid. n. 52, donde se refleja la opinión de Steinwenter. Esta afirmación parece estar en armonía con esta otra afirmación vertida por el autor en *Beiträge*, cit. (n. 59), p. 91: “Der Grund, weshalb die Insinuation eingeführt wurde, war eben nicht wie bei den anderen Fällen der actorum confectio den Parteien eine öffentliche Urkunde zu Beweiszwecken zu verschaffen, sondern die Publizität wurde aus fiskalischen Gründen eingeführt”.

⁶⁵ Así lo estima SAMPER, *La disposición mortis causa*, cit. (n. 61), p. 133: con la *insinuatio*, la administración imperial podía organizar la estructura fiscal sobre bases reales a fin de ejercer presión tributaria.

⁶⁶ PALMA, *Donazione*, cit. (n. 35), p. 484.

⁶⁷ PALMA, *Donazione*, cit. (n. 35), p. 483: “L’ispirazione fondamentale del legislatore e ravvisabile nella tensione ad assicurare piena corrispondenza tra realtà di fatto e stato di diritto, diritti di proprietà e situazione possessorie”.

⁶⁸ SIMON, *Konstantinisches Kaiserrecht*, cit. (n. 60), pp. 116 ss.

⁶⁹ SIMON, *Konstantinisches Kaiserrecht*, cit. (n. 60), pp. 117 s. De todos modos, tampoco cree que Constantino haya tenido en cuenta fines exclusivamente de derecho privado, ya que era conocido el perfil estatista del emperador.

Siendo esto así, surge otra cuestión que es necesario resolver: ¿se exige que se hagan dos inscripciones, una de la escritura de donación (que el funcionario encargado tendría que transcribir, utilizando una de las copias de las partes), y otra en que quedara constancia de que el bien ha sido realmente entregado, o basta con una sola acta en que queden registrados tanto la donación misma como el hecho de haberse entregado el bien donado? Parece más sencillo pensar en la segunda posibilidad, dado que el texto, cuando habla de “*omnia*”, quiere referirse tanto a la escritura de donación, como a la entrega corporal con la presencia de testigos, si se trata de inmuebles. En el caso de bienes muebles, la *insinuatio* se referirá, naturalmente, sólo a la escritura de donación y al hecho de haberse realizado una simple *traditio*.

La razón de la exigencia relativa al registro (*apud acta*) es, por un lado, la de advertir del negocio realizado, evitando así el error y la mala fe y, por otro, que aquel documento que contiene el acto, sea conocido de muchos, de modo de evitar en el futuro el nacimiento de pleitos.

En términos generales, y, a la luz de lo que aparece en este pasaje, la finalidad principal de la *insinuatio* es darle más publicidad al acto realizado, protegiendo, de este modo, especialmente al donatario. En efecto, estas exigencias hacen más difíciles las donaciones de cosa ajena y el fraude, que solían ser frecuentes en ciertos tipos de donaciones. De este modo, puede decirse con seguridad que la principal función de la *insinuatio* es privada: el emperador, según los comentarios que hace en el texto, pretende ostensiblemente proteger la seguridad de las transferencias que se fundan en donaciones, teniendo en cuenta que en ellas solían producirse abusos derivados del modo clandestino e informal en que podían realizarse. Las herramientas que utiliza Constantino se dirigen, entonces, a reforzar la publicidad de este tipo de transferencias, y evitar, con un mejor sistema de pruebas preconstituidas, la multiplicidad de litigios que hasta la fecha se producían.

El párr. 8⁷⁰ continúa con la normativa referida a la insinuación, que debe ser hecha en registros públicos en todos los casos; ni siquiera la ausencia del juez puede justificar la omisión del trámite, en cuyo caso, debe hacerse el registro en las actas de los magistrados. Todo lo anterior es con el único fin de dar mayor seguridad al acto traslativo efectuado, quedando constancia fiel y pública de todo lo acordado por las partes, no bastando la sola presencia de los testigos y personas presentes en el negocio.

⁷⁰ FV. 249, 8: “*Quodsi iudex aberit, qui summa provinciae commissa est, mandetur istud magistratum actis, atque ut nullus sit subjiciendi aut surripiendi locus, cum alterutri commodum sit, eorum exemplis idem magistratus adscribant. Sic enim conscientia multorum, monumentis judiciorum ac populorum perscriptis aut litium causa pervulgatis omnibus fides abstrusior non erit*”.

El párr. 9⁷¹ no parece ser más que un comentario o casi un panegírico de las bondades que contiene esta nueva legislación, en el sentido de que ella disminuirá los posibles pleitos entre donantes y donatarios, debido a las exigencias de publicidad de la liberalidad.

El párr. 10⁷², en su primera parte, establece la sanción de nulidad para las donaciones a las que falten alguno de los requisitos prescritos, que consiste en una invitación dirigida al juez a no dar seguimiento al acto ilegal. Según lo anterior, la donación pasará ser un negocio de formación sucesiva, debiendo cumplirse todos los requisitos para que el acto tenga validez por sí mismo.

La segunda parte de este pasaje constata la derogación de la *lex Cincia* y las formalidades verbales propias de la época clásica. Como consecuencia, la *mancipatio* resultó implícitamente abolida por la extensión universal de la tradición, no admitiéndose ningún otro modo de transferencia⁷³. La cláusula final, por último, se refiere a la irretroactividad de estas disposiciones, en el sentido de que aquellas donaciones realizadas con anterioridad no se verán afectadas por la publicación de esta ley.

El Código Teodosiano (CTh. 8, 12, 1) contiene un pasaje en el que se reproduce casi literalmente el contenido de FV. 249, razón por la cual no nos detendremos a analizarlo. Sin embargo, vale la pena considerar que la

⁷¹ FV. 249, 9: "*Talia enim esse oportet dominorum initia, quorum diuturna possessio saepe legitima proprietatum jura perfringit, talis liberalitatum honestas, quae locis clamata omnibus accipientium donantiumque familias liberalitatis et gratiae praedicatione compleat, simul ut, cum sit eximium cujusque donum promerendo cepisse, ejus jucunditas nulla litium tristitudine minuatur*".

⁷² FV. 249, 10: "*Quod si in spectanda causa dicendaque sententia orba publico testimonio liberalitas caecam gratiam obscuroque coetus prodiderit, quoniam sola fraus cognita est, eorum, quae donata dicuntur, temere non erit fides accipienda; sed ea alienatione, quae publice non sit testata, in donationibus vivorum rejecta vel superhabita solam eam probamus, quae celebrata universis studiis recte regulas supra propositas sequatur. Abolito igitur jure, quod quibusque rebus donantis Cincia lex imposuit neque amplius ea perfectione faciendae quam illa ordinaverant negamus veterae formae verborum deinde esse quicquam requirendum, quoniam jam lege commutata verba et ipsa abolita sunt antea necessaria in donationibus faciendis. Neque ullam donationibus jam factis controversiam volumus conflare, cum futuris jus per hanc legem ponamus, quae, ut omnes cognoscant quae jussimus....programmata tuo praeferenda est. Proposita III non. Febr. Romae Sabino et Rufino cons. in foro divi Trajani*".

⁷³ Vid. n. 36. COLORNI, *Per la storia*, cit. (n. 46), pp. 105 ss., afirma que la *mancipatio* se siguió ocupando en la transferencia de bienes y, por tanto, no fue abrogada por la generalización de la *traditio*. La *mancipatio* sólo habría mutado su aspecto externo, manteniéndose hasta el siglo IV, en la *traditio possessionis*, con su fórmula: "*dono, cedo, trado et mancipio*", pero sólo como una costumbre. En este siglo la encontramos mencionada en las constituciones de los años 318, 319, 333 y 355 relativas a la donación.

*interpretatio*⁷⁴ de dicho pasaje incluye algunas restricciones a la donación que no aparecían en la ley de Constantino, a saber, la que se refiere a la cuantía de la donación, que no puede exceder de las tres cuartas partes del patrimonio del donante, o la prohibición de donar objetos litigiosos.

En resumidas cuentas, el régimen de la donación adquiere en virtud de la regulación constantiniana un cariz completamente distinto del que tenía en la época anterior: pasa a ser, en primer lugar, un negocio típico, que toma la forma externa de una escritura redactada por un oficial público o por otra persona que se designe.⁷⁵ En segundo lugar, se establecen una serie de requisitos relacionados con la forma de la tradición, que debe ser corporal y

⁷⁴ *Interpretatio* de CTh. 8, 12, 1: “*Donatio aut directa est aut mortis causa conscribitur. Directa donatio est, ubi in praesenti res donata traditur. Mortis causa donatio est, ubi donator, dum advivit, rem, quam donat, sibi reservat, scribens: si prius mortuus fuero quam tu, res donata perveniat. Quod si prius moriatur, cui res mortis causa donata est, res in iure permaneat donatoris. Est et alia donatio, ubi donator obligat illum, cui donat, ut aliquid faciat aut non faciat, id est, si aliquid iubeat fieri, quod impossibile iudicentur, aut quod honestati contrarium videatur; aut si id ordinet fieri, quod honestum est et possit impleri: quia tunc infirmatur donatio, quando condiciones honestatis possibilis impletae non fuerint. Nam si inhonestae et impossibiles condiciones ponantur, remotis condicionibus firma donatio est. Est item et alia, in qua sibi donator certum tempus possessionis reservat. Quae tamen omnes donationes superius comprehensae si modum excesserint lege conscriptum, unde possint certae personae de immodica donatione proponere, hoc est si quartam sibi facultatis suae donator non reservaverit, non valebunt. Sed praetera illa donatio contra legem est, si quis rem in lite positam, quae repetitur, aut recto donet aut condicionem contra bonos mores, hoc est causam cuiuslibet criminis, donator in donatione conscribat. Minoribus vero si quid fuerit per donationem a quocumque oblatum sive collatum, tutores vel curatores eorum debent studere, ne quid firmitati donationis desit. Quod si eorum negligentia donatio ad effectum perducta non fuerit, ad eorum dispendium pertinebit, ita ut quicquid minores de donatione perdididerint, curatores vel tutores illis de propria facultate restituant. In conscribendis autem donationibus hic ordo servandus est, ut donatio nomen prius contineat donatoris vel illius cui donatur: deinde res quae donantur sive in agris sive in mancipiis sive in quibuslibet rebus atque corporibus, nominatim in donatione conscribendae sunt, non occulte, sed publice, non privatim vel secrete, sed ut in tabulis aut in chartis aut ubicumque legatur facta donatio. Quam tamen donationem, si literas novit donator, ipse subscribat: si vero ignorant, praesentibus plurimis eligat, qui pro ipso subscribat: et hanc ipsam donationem et gestorum sollemnitas et corporalis traditio subsequatur, ita ut, si mobilia donantur, praesentibus plurimis tradantur: si vero ager vel domus donatur, quod moveri non potest, ut inde donator abscedat et novo domino pateat res donata, si tamen sibi de his rebus usumfructum donator non reservaverit. Gesta vero donationum aut apud iudicem aut apud curiam alleganda sunt”.*

⁷⁵ No interesa particularmente en esta exposición el significado que habría tenido la insinuación en el marco de la nueva regulación que se dio a la donación; hemos preferido dirigir nuestra atención a las repercusiones de las normas de este emperador en el contexto de las transferencias de bienes, especialmente las referidas a inmuebles.

debe verificarse en un acto material y cronológicamente separado del acuerdo de donación. Y, por último, se incorpora la *insinuatio*, trámite que en general significa el hecho de registrar un acto en los protocolos oficiales, pero que, en relación con la donación, se entiende como el acto de introducir en los registros públicos la escritura de donación, dejando constancia además de haberse hecho la *traditio* de la manera que lo exige esta ley.

Pensamos que la *insinuatio* reviste esta importancia de derecho privado, ya que, de la lectura de los distintos párrafos de la ley, se advierte que el principal interés del emperador es asegurarse de la publicidad de las donaciones y de la verdadera y real transferencia de los bienes, lo cual a su juicio, disminuiría los pleitos relativos a los bienes donados. La legislación, pues, se dirige a dar publicidad a la donación y a la entrega misma, pero dicha publicidad no reviste el carácter de fin en sí mismo, sino que funciona como una herramienta para conseguir que las adquisiciones no se vean burladas en la práctica. Podemos decir, además, que con esta ley se produce una diferenciación en lo que se refiere a la entrega de bienes muebles e inmuebles, y no es aventurado decir que el emperador miraba especialmente a la publicidad de la transferencia de los bienes inmuebles, la cual, por referirse a bienes cuya consideración económica es más relevante, necesita una protección jurídica más eficaz. Lamentablemente, la fuente en que nos basamos no es suficientemente clara como para saber qué exactamente debe insinuarse, sin perjuicio de lo cual, imaginamos, interpretando el criterio de Constantino, que lo que interesaba especialmente insinuar era la escritura de donación y el hecho de la entrega de bienes inmuebles. No nos parece claro, en cambio, que el emperador haya pensado en fines de carácter tributario, ya que para ello existían ya otras herramientas. Por lo demás, de ser así, lo hubiera declarado abiertamente en este sentido, como se hace más adelante con la *insinuatio* que se exige en relación con la venta de inmuebles, en que el trámite se impone específicamente para obligar al adquirente a pagar el censo. Por último, decíamos, aunque de un modo menos abierto, que esta legislación, podía servir de base a la futura elaboración del dogma del título y el modo, quizá por una forma algo distinta de concebir la *traditio* corporal.

Más adelante, Constantino, ahora sí con miras de carácter tributario, establece una legislación en la que regula el contrato de compraventa y prohíbe la venta de bienes sin censo⁷⁶. Esta legislación no es especialmente

⁷⁶ PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, en *Atti del Congresso Internazionale, Pissa - Viareggio - Lucca* (Milano, 1991), I, p. 58. La legislación de Constantino, en esta materia, resguardaba el aspecto tributario y el social-publicitario, al regular, por un lado, la venta *sine censu*, y, por otro, que el vendedor sea el propietario de la cosa y responda por sus vicios.

relevante para nuestra materia, ya que en ella no se establece el requisito de la *insinuatio*. Es por ello aún más fuerte nuestra convicción de que la intención de Constantino al introducir la *insinuatio* en relación con la donación, no era controlar el pago de impuestos. El problema de los pactos fraudulentos tendientes a evadir el pago de las contribuciones territoriales se daba especialmente en la compraventa, de modo que, si los fines del emperador hubiesen sido de este tenor, hubiese exigido también la *insinuatio* para la compraventa⁷⁷.

La materia se halla regulada en constituciones de los emperadores Alejandro Severo, Constantino, Juliano y Teodosio, recogidas en CI. 4, 47, 1 - 3⁷⁸; CTh. 11, 3, 2 y 5; FV. 35, 3 y 4⁷⁹. Un punto que parece más difícil es aquel de la exigencia o no de la *traditio* corporal en la compraventa inmobiliaria, en el que la doctrina se encuentra dividida⁸⁰. La mayoría de los autores, entre los que destacamos a Levy y Pugliese,⁸¹ sostiene que, entre

⁷⁷ Es verdad que otros autores piensan más bien en impuestos indirectos, como la *vicesima hereditaria*, pero esto ya ha sido resuelto más arriba.

⁷⁸ La última parte del párr. 2 de esta constitución, que dice: “...*qui comparat, censum rei comparatae agnoscere, nec licere cuiquam rem sine censu comparare vel vendere*”, intenta resolver definitivamente el problema de los pactos que realizaban comprador y vendedor: el primero compraba el inmueble con exclusión de la carga fiscal, y, de esta forma, quedaba libre de toda carga tributaria actual y futura, que debía soportar el vendedor. La consecuencia práctica de estos pactos ilícitos era que ninguno pagaba el tributo: el comprador porque invocaba el pacto, y el vendedor porque no tenía la posesión del bien.

⁷⁹ Es especialmente en estos dos párrafos de FV. 35 donde se manifiesta la intención de Constantino, que era, por una parte, la de evitar la evasión del pago del censo sobre la base de los pactos ya comentados, y la de disminuir, por otra parte, las disputas en torno a la propiedad. La presencia de los vecinos –naturalmente en relación con los bienes inmuebles– se impone para que quede claro quién es el propietario del bien que se transfiere. En el párr. 4 se advierte la exigencia de que el contrato de compraventa sea solemne, pero según VOCI, *Tradizione*, cit. (n. 5), p. 115 ss., Constantino no establece expresamente que el contrato se haga por escrito.

⁸⁰ Para VOCI, *Tradizione*, cit. (n. 5), p. 116, sí se exigió la tradición corporal, y consistía en una *inductio in vacuam possessionem fundi* que el vendedor debía cumplir en presencia de los vecinos: “...*luce veritatis, fidei testimonio, publica voce, sub clamorationibus populi...*” (FV. 35, 5). Estas personas además de ser testigos de la situación jurídica del bien, lo serían para el cumplimiento de la tradición corporal. BONFANTE, *Corso di diritto romano* (Milano, 1968), II, p. 251, en cambio, sostiene que no se exigió la tradición corporal para este tipo de actos durante todo el periodo postclásico, pero sí una tradición solemne para la venta de inmuebles en una forma más o menos simbólica, como lo era la consigna de las llaves, entrega del instrumento o el constituto posesorio.

⁸¹ LEVY, *West Roman*, cit. (n. 3), pp. 134 ss; PUGLIESE, *Compravendita*, cit. (n. 76), pp. 63 s.

Diocleciano y Justiniano, no existen constituciones imperiales que exigiesen la *traditio* para la venta de inmuebles, salvo para la donación y el *suffragium*⁸². La razón de este vacío se debería, para Pugliese,⁸³ a que el contrato consensual de compraventa daba por cumplida la transferencia del bien gracias a la eficacia obligatoria y traslativa de este contrato. En efecto, el autor⁸⁴ agrega que Constantino no exige la *corporalis traditio* en FV. 35 como lo hizo en FV. 249, dado que en la venta el comprador tenía una acción específica (*actio empti*), para exigir la entrega material de la cosa por parte del vendedor, derecho que no existía en la donación. Esto explicaría la eficacia traslativa del contrato de compraventa en el derecho postclásico, no siendo necesaria la tradición para este fin, dado que ésta serviría solamente para poner materialmente el bien a disposición del comprador. Gallo⁸⁵ afirma que la inexistencia de la *traditio* se debió a que este contrato continuaba celebrándose bajo las formalidades de la *mancipatio*, y la *vacuae possessionis traditio* serviría exclusivamente para la adquisición de la posesión⁸⁶.

2. El "suffragium"

Otro antecedente que parece especialmente interesante en el ámbito de las transferencias inmobiliarias es aquel que se refiere al *suffragium* que es una institución que ha causado a los juristas numerosos cuestionamientos éticos. Aunque la figura ha tenido muchos sentidos a lo largo de la historia del derecho romano, en general puede decirse que era entendido especialmente como votación, recomendación, ayuda, pacto o contrato, estando siempre asociado al tráfico de influencias en las elecciones de los altos magistrados⁸⁷.

⁸² Esta institución será tratada más adelante.

⁸³ PUGLIESE, *Compravendita*, cit. (n. 76), p. 59.

⁸⁴ PUGLIESE, *Compravendita*, cit. (n. 76), p. 63s. Constantino prescribe la tradición corporal en la donación, no por considerar insuficientes la escrituración e insinuación del acto, sino por encontrar en ella un modo irrefutable de convalidación de la donación efectuada, evitando inconvenientes o pleitos, dada la falta de acción para exigir una entrega material del bien (salvo que se haya insertado una *stipulatio*).

⁸⁵ GALLO, *Il principio emptione dominium transfertur nel diritto pregiustiniano* (Milano, 1960), p. 81.

⁸⁶ Para las ventas mobiliarias no existe ninguna prescripción especial, pero sería posible la aplicación del régimen de la donación de Constantino por su similitud, siendo necesaria probablemente la tradición corporal VOCI, *Tradizione*, cit. (n. 5), p. 118; LEVY, *West Roman*, cit. (n. 3), p. 137.

⁸⁷ La primera acepción que se conoce del *suffragium* es la que se vincula al sentido natural del término, que indica el sistema de votación de los ciudadanos en los comicios. Este sistema tenía el grave inconveniente de facilitar la comisión de abusos entre los electores y los magistrados, porque era usual que los candidatos ofrecieran regalías y promesas a cambio del voto de aquéllos. HAYASHI, *Proceso histórico de la contractualización*

Collot⁸⁸ lo define como la ayuda asalariada de un alto funcionario a un particular para que aquél obtenga un beneficio.

El *suffragium* era una práctica privada reconocida y aceptada en la república y en el alto imperio. Nació como una degradación de las prácticas amigables de recomendación en la obtención de cargos públicos⁸⁹, pero fue variando su contenido a lo largo del tiempo, siendo constantemente combatida por los distintos emperadores para evitar el fraude y el tráfico de influencias, que afectaba gravemente la moral pública⁹⁰.

Para el desarrollo de este trabajo, nos interesa abocarnos al *suffragium* como *contractus*⁹¹, que es en donde encontramos un nuevo antecedente de

del suffragium, en *AHDE*. 54 (1984), p. 657. El autor señala además que la persona que era digna de asumir como magistrado debía ser generoso en todos los sentidos y tener un patrimonio suficiente para serlo, porque de este modo ellos obtenían la estimación social. Era común que estos candidatos construyeran obras públicas o dieran espectáculos, por eso eran llamados “honorables”.

⁸⁸ COLLOT, *La pratique et l'institution du suffragium au bas-empire*, en *RHD*. (1965), p. 185.

⁸⁹ COLLOT, *La pratique*, cit. (n. 89), p.188. El sufragio revestía dos formas distintas: i) la *commendatio* imperial, que era el derecho del príncipe de dirigir al cuerpo electoral una recomendación de candidaturas; y ii) la *commendatio* privada, que era la recomendación de un amigo influyente del candidato a uno de los miembros del senado, que formaba parte del cuerpo electoral. HAYASHI, *Proceso histórico*, cit. (n. 87), p. 658 s. Esta práctica se desarrolla intensamente con posterioridad a Augusto. En el año 5 d.C., se formó un nuevo cuerpo electoral de senadores y caballeros, en el que los candidatos al consulado tenían que ser previamente declarados por el emperador. En este nuevo esquema electoral, fue frecuente el uso de influencias en los nombramientos, tomando el *suffragium* un sentido de recomendación del emperador al *suffragator* para que éste votara a favor de algún aspirante en especial. Tiempo después, el poder central del imperio vino a intervenir en los municipios, y los magistrados municipales se elegían entre los *decuriones* (honorables) desde el siglo II, aunque postulaba con preferencia el que hubiese tenido experiencia en otra magistratura. Finalmente los actos de “generosidad” de los magistrados se dirigían a evitar la designación, porque el cargo era muy exigente y quedaba fuertemente controlado por el emperador.

⁹⁰ COLLOT, *La pratique*, cit. (n. 89), pp. 185 s.

⁹¹ Un primer paso de esta nueva consideración del *suffragium* lo constituye una ley de Constancio del 343 d. C. (CTh. 12, 1, 36). El sufragio, al ser reconocido como pacto, se siguió utilizando para el nombramiento a favor de ciertas personas en el cargo de gobernador provincial. Se trataba de un acuerdo mediante el cual el aspirante (*decurio*) hacía entrega de bienes, incluso de dinero, al *suffragator*, a cambio de que éste cumpliera con su promesa de conceder el cargo. En este sentido, el *suffragium* cumplía una doble función: dar acceso a los cargos y remunerar al que los concedía. Se formó de este modo un comercio vergonzoso de títulos y empleos públicos, que fue prohibido por Juliano en el 361 d.C. Para HAYASHI, *Proceso histórico*, cit. (n. 87), p. 662, esta institución no era un tipo jurídico independiente puesto que el *suffragator* carecía de

inscripción inmobiliaria. Sobre el particular, Scialoja⁹² destaca que en el derecho romano de esta época quedó establecido el contrato de sufragio, que tuvo reconocimiento, a pesar de tener defectos de índole moral⁹³.

La categoría contractual de esta figura así como la exigencia de la *insinuatio* en relación con los bienes inmuebles se encuentra en CI. 4, 3, 1⁹⁴.

En primer lugar, el *suffragium* queda convertido en un contrato bilateral porque existen obligaciones recíprocas entre las partes, pudiendo cada una exigir su cumplimiento. Hay una equivalencia entre la prestación del *suffragator* y la promesa del aspirante.

En segundo lugar, era exigida la *corporalis traditio* para toda clase de bienes. En efecto, el contrato de sufragio adquiere validez una vez entregados los objetos prometidos, por lo que la ejecución de esta *sponsio* se hará por medio de la tradición corporal⁹⁵, que se somete a solemnidades distintas, según si los bienes son muebles o inmuebles.

Para la entrega de bienes muebles, como el oro, plata u otros objetos mobiliarios, la simple tradición corporal es suficiente, porque estos objetos se traspasan “*integra fide*” al ejecutar la promesa hecha (*sponsio*). De esta forma, queda asegurada la situación del *suffragator* al establecer la ley: “*contractus habebit perpetuam firmitatem*”, ya que el contrato es firme una vez ejecutado.

Cuando la promesa de donación recae sobre inmuebles –predios rústicos o urbanos– las formalidades protectoras son más numerosas. La ley toma

acción para exigir directamente al tribunal el cumplimiento de la promesa del aspirante y éste tampoco tenía acción para exigir la concesión del cargo.

⁹² SCIALOJA, *Proprietà*, cit. (n. 26), p. 165.

⁹³ La crisis política, económica y social del siglo III fue un perfecto caldo de cultivo para la corrupción y la difusión de prácticas como éstas, que además, adquieren formas típicas.

⁹⁴ CI. 4, 3, 1: “Imppp. Theodosius, Arcadius et Honorius Aaa. Rufino P. P. *Si qui desideria sua explicare cupientes ferri sibi a quoquam suffragium postulaverint, et ob referendam vicem se sponsione constrinxerint, promissa restituant, quum ea, quae optaverint, consequantur; si artibus moras nectant, ad solutionem debiti coarctandi sunt.* § 1. *Sed si quid eo nomine in auro vel argento vel ceteris rebus mobilibus datum fuerit, traditio sola sufficient, et contractus habebit perpetuam firmitatem, quoniam collatio rei mobilis inita integra fide ac ratione cumulatur.* § 2. *Quod si praedia rustica vel urbana placitum continebit, scriptura, quae ea in alium transferat, emittatur, sequatur traditio corporalis, et rem fuisse completam, gesta testentur; aliter enim ad novum dominum transire non possunt, neque de vetere iure discedere.* § 3. *Quod si quis, dum solo commonitorio de suffragio nititur, bona duxerit occupanda, reus temeritatis ac violentiae retinebitur, atque in statum pristinum possessio reducentur, eo a petitione excluso, qui non dubitavit invadere, quod petere debuisset.* Dat. IV. Non. Mart. Constantinop. Arcadio III et Honorio II, AA. Conss. (394)”.

⁹⁵ COLLOT, *La pratique*, cit. (n. 89), p. 221.

las exigencias elaboradas por Constantino en la famosa constitución para las donaciones, entre las cuales se encuentra la insinuación.

En atención a lo que señala el párr. 2 del texto, se exige que se extienda escritura, se haga entrega de los bienes y se levante acta de testimonio.

En definitiva, en la constitución que comentamos se exigen los mismos requisitos que Constantino exigió para las donaciones: la escrituración del acto de enajenación, tradición corporal del inmueble por medio del abandono del mismo (*inductio in vacuam possessionem fundi*), y la inscripción *apud acta* del acto o insinuación. Si falta alguno de estos requisitos formales, la propiedad no puede pasar al *suffragator*.

Las formalidades exigidas para la ejecución de la promesa de remuneración cuando se trata de objetos inmuebles, tienen por finalidad evitar la usurpación de tierras por los poderosos, lo cual se afirma explícitamente en esta ley. Esto se debe a que los votantes estaban dispuestos a hacerse justicia de propia mano como estaban acostumbrados: ellos tomaban a la fuerza el bien prometido, exhibiendo como justificación de sus actos, el *commonitorium* del *suffragio*, es decir, el escrito constatando el hecho del sufragio⁹⁶. No sabemos si además Teodosio perseguía tener un control más exacto de las enajenaciones inmobiliarias a fin de evitar la evasión de las contribuciones territoriales, pero preferimos pensar que, al igual que Constantino, pretendía definir situaciones posesorias, a fin de evitar abusos de los poderosos, y los consiguientes pleitos que de ello pudieren derivarse. Creemos que puede ser así teniendo en cuenta que, al tratarse de promesas de carácter contractual específico, no se le podía aplicar automáticamente a esta figura la regulación dada años antes por Constantino para las donaciones⁹⁷.

Desde luego que esta institución ha sido cuestionada desde el punto de vista ético, ya que los títulos y cargos no eran obtenidos por mérito o virtud del aspirante, y, en este sentido, puede decirse que con la regulación contractual del *suffragium* quedó legitimada la práctica de elegir como autoridades a quienes prácticamente comprenden sus cargos. Según Collot,⁹⁸ el *suffragium* fue un factor que explicó la caída del Imperio Romano, que se revela en la tendencia a la apropiación de funciones públicas. Pensamos, pues, que Teodosio, al no contar con la fuerza necesaria como para eliminar una institución que favorecía la corrupción y que, al parecer estaba honda-

⁹⁶ COLLOT, *La pratique*, cit. (n. 89), p. 207; VOGLI, *Tradizione*, cit. (n. 5), p. 121.

⁹⁷ En efecto, puede verse D'ORS, *DPR*,⁹ cit. (n. 2), § 339, que señala que la promesa del candidato es una liberalidad que no constituye una donación, porque los destinatarios son indeterminados.

⁹⁸ COLLOT, *La pratique*, cit. (n. 89), p. 221.

mente arraigada entre los ciudadanos, decide regularla a fin de evitar abusos extremos de parte de los *potentiores*.

Es interesante constatar por otro lado, que a diferencia de la legislación de Constantino que establece la *insinuatio* sin distinguir el tipo de bienes, esta constitución solamente la exige en relación con los inmuebles, de lo cual podemos deducir que el principal interés de Teodosio, y, probablemente también de Constantino, era publicitar las transferencias de bienes raíces, con los fines mencionados más arriba.

3. "*Insinuatio*" en la venta inmobiliaria⁹⁹

Veíamos que en la legislación de Constantino relativa a la compraventa no se establecía el requisito de la *insinuatio* para la compraventa aunque sí se exigían una serie de requisitos formales para evitar ciertos pactos con que los contratantes pretendían escabullirse del pago del censo. Esta era una de las razones por la cuales pensábamos que la *insinuatio* de las donaciones no tenía una finalidad tributaria, al menos en el ámbito de este impuesto de contribución territorial.

Pero, en un tiempo posterior, el emperador Valentiniano III¹⁰⁰ reguló el cobro de un impuesto especial de venta llamado *siliquaticum*. Este impuesto era recaudado independientemente del censo, y gravaba tanto a muebles como inmuebles. Para el cobro del impuesto sobre los inmuebles se exigió su insinuación en los roles municipales, que, a continuación, estudiaremos. La fuente en la que consta la existencia de este impuesto a la venta es la novela de Valentiniano 15, 3 (a. 444 ó 445 d. C.)¹⁰¹.

⁹⁹ En relación con el valor que ha de darse al contrato de compraventa en este periodo, hay claramente dos tendencias que manifiesta Voss, *Recht und Rhetorik in der Kaisergesetzen der Spätantike: Eine Untersuchung zum nachklassischen Kauf und übereignungsrecht* (Frankfurt, 1982): la de Kaser y Levy, seguidos por Gallo, que afirman que la compraventa en esta época transfería el dominio. Kaser llama a la compraventa de esta época "*Barkauf*" y Levy "*Simultanakt*", y Gallo quien habla del principio *emptio dominium transferetur*. Esta tendencia es criticada por Gordon que afirma que los papiros ravenenses no permiten sostener que verdaderamente la compraventa transfería el dominio: dichos textos pueden interpretarse también de otra manera.

¹⁰⁰ Hijo de Constancio III, gobernó el imperio de Occidente entre los años 425 - 455 d. C.

¹⁰¹ Nov. Val. 15, 3: "*Omnis autem contractus, qui clanculario vel emente vel vendente in fraudem legis initus fuerit, careat firmitate. Quod ne fiat, ea ratione prospicimus, ut gestis municipalibus immobiliorum rerum contractus constet initus, mobilium vero emissis pittaciis transigatur: et is, qui praepositus fuerit huic muneri, profiteatur se id, quod per hanc legem compendiis publicis decretum est, consecutum, ita ut post annum securitatis amissae discussio minime requiratur*".

El pago de este particular tributo, que se hacía a unos determinados agentes fiscales, era esencial para la validez de la venta, puesto que, si no se efectuaba, la venta era nula.

En la venta mobiliaria bastaba el pago del impuesto y el otorgamiento del recibo fiscal o *pittacium*, de parte del recaudador, no siendo necesaria la insinuación ni la escrituración del acto¹⁰². Pero en la venta de inmuebles, la ley era formalmente más exigente: para su validez era necesaria la concurrencia de insinuación, escrituración del acto y pago del impuesto.

Vemos nuevamente que se manifiesta en la legislación de los emperadores del periodo postclásico una diferenciación en cuanto al régimen de las transferencias, según se trate de bienes muebles o inmuebles. Para estos últimos, se exigió el registro público ante la curia como condición de la *firmitas contractus*, en un contexto normativo estricto: con la finalidad de asegurar los intereses tributarios del imperio¹⁰³. En efecto, este registro público que se hacía *apud acta municipalia*, y que era un requisito de validez del acto, a diferencia de la *insinuatio* de Constantino para las donaciones, sí tenía claramente fines fiscales y tributarios, y no de mera publicidad¹⁰⁴.

Con estas ideas pensamos que hemos presentado un panorama más o menos completo de lo que a nuestro juicio, podrían ser los más claros antecedentes de las modernas inscripciones inmobiliarias, siendo fundamental la introducción de la *insinuatio* que se exige, primero como requisito para las donaciones de cualquier tipo de bienes, y que después, en virtud de la legislación de los siguientes emperadores, se establece específicamente en relación con la transferencia de bienes inmuebles. Por otra parte, y, aunque excede del ámbito temático de esta exposición, podemos agregar que Justiniano recoge gran parte de la legislación emanada de emperadores anteriores, y establece una regulación relativa a la tradición de bienes inmuebles que no es del todo clara. Sólo algunos puntos relacionados con esta legislación son más precisos, como el relativo a la exigencia de una *traditio* corporal para las donaciones, y la necesidad de que el acuerdo de donación y la entrega corporal, sean actos separados y claramente distintos. Por otro lado, se exige también en la donación hecha a una *persona excepta* el requisito de la entrega corporal, que antes, como hemos visto no se establecía. La exigencia de la *insinuatio*, más que con la naturaleza de los bienes se relaciona

¹⁰² VOGLI, *Tradizione*, cit. (n. 5), p. 126.

¹⁰³ LEVY, *West Roman*, cit. (n. 3), p. 130. Este autor lamenta las escasas huellas que esta reforma de Valentiniano III habría dejado en la doctrina y en la legislación, lo cual dificulta mucho su estudio en forma precisa.

¹⁰⁴ Valentiniano III dispuso otras exigencias para la validez del contrato de compraventa, que se recogen en Nov. Val. 15 del 444 ó 445 y 32 del 451, pero no serán analizados en esta sede.

ahora con la cuantía de la donación. También se puede advertir una regulación relativa a la venta de inmuebles, que se encuentra esparcida en una serie de fuentes en la que no parece existir un criterio demasiado uniforme, sobre todo por lo que se refiere, por ejemplo, a la necesidad o no de la escritura que sustente el acto de transferencia. En las ventas y donaciones hechas a las iglesias y fundaciones pías, no parece exigirse la tradición para la adquisición de la propiedad.

Las afirmaciones anteriores nos hacen pensar que el *Corpus iuris*, y particularmente el *Codex*, donde quedan recogidas las constituciones imperiales de los emperadores que le precedieron, no presenta un sistema estructurado de transferencia de la propiedad inmobiliaria en la época postclásica, o más precisamente, creemos que fue viendo la luz de un modo abrupto, tanto por la reivindicación de principios romanos de épocas anteriores, como por la recepción desordenada de distintas influencias exógenas al derecho imperial. Si nos atenemos a los resultados alcanzados por Voci¹⁰⁵, llegamos a la siguiente conclusión: aunque el emperador se preocupa de establecer que el negocio obligatorio es distinto de la tradición, y de permitir en algunos casos concretos la entrega simbólica¹⁰⁶, no dice nada expreso respecto de la transferencia de bienes inmuebles. Es más, Justiniano ni siquiera recoge las disposiciones establecidas por el emperador Constantino, con lo cual deja entregada la regulación de este tipo de transferencia a las disposiciones de los prefectos del pretorio, los cuales tenían en cuenta la diversidad de los derechos locales. Y, ¿qué sucede, en definitiva? en la práctica, seguía rigien-

¹⁰⁵ VOCI, *Tradizione*, cit. (n. 5), pp.144 ss.

¹⁰⁶ Ante la cuestión de determinar si existió en la mente de Justiniano la idea de desvincular la tradición de su elemento posesorio, y establecer una *traditio* instrumental o *per chartam*, más bien parece natural inclinarse por la respuesta negativa, dado que, al parecer, Justiniano sobre todo recoge el contenido de la legislación anterior. Sin embargo, no sabemos si la exigencia de la protocolización, de algún modo influye en la aceptación posterior –medieval– de la *traditio per chartam*. Entre los autores conocedores de la materia suele distinguirse entre *traditio per chartam* y *traditio chartae*. Esta última consiste en la entrega del documento, mientras que la primera ya ni siquiera exige su entrega; la sola extensión del mismo tiene fuerza dispositiva. Sabemos que ambas formas de entrega se dieron en un momento en la práctica del imperio, pero no está del todo claro si el emperador Justiniano realmente las acogió en algunos casos. Si a este documento registrado oficialmente se le da una eficacia dispositiva de la propiedad, nos colocamos plenamente en el ámbito de una verdadera *traditio* instrumental en el sentido moderno. En efecto, una entrega tan espiritualizada que pueda llevarse a cabo tan sólo con el registro del documento en que consta el negocio de transferencia, de algún modo quiebra la bilateralidad de la adquisición; puede decirse, en definitiva, que lo trascendental es ya tan sólo el título registrado, y que el modo, que originariamente debía ser posesorio, deja de tener relevancia.

do el sistema de inspiración constantina, en el sentido de la publicidad que debe darse a la transferencia inmobiliaria. Tenemos conocimiento de estas formas de transferencia en época justiniana, gracias a los documentos ravenenses¹⁰⁷, de los cuales parece deducirse que los prefectos respetaban la legislación existente –y no sólo la de Constantino, sino también las posteriores regulaciones–, de modo que la transferencia inmobiliaria quedaba garantizada por la intervención de la autoridad pública, específicamente a través de la *insinuatio*.

IV. CONCLUSIONES

1. La importancia histórica que reviste el trámite de la *insinuatio* se relaciona, a nuestro modo de ver, con el hecho de que este sencillo expediente aparece como el primer antecedente propiamente romano de lo que en derecho moderno se entiende por inscripción de la tradición de los bienes inmuebles, que en muchos ordenamientos jurídicos produce *per se* la transferencia del dominio o de la posesión. No parece que en esta etapa del derecho romano, la *insinuatio* o registro de las donaciones de inmuebles tuviera tal alcance, dado que se exigía expresamente que la entrega fuese corporal, de modo que la sola inscripción no operaba por sí misma la transferencia dominical.

No obstante lo anterior, hemos visto que existían algunos rastros de registros romanos, como es el que se utilizó en la provincia de Egipto, sistema que no es adoptado ni recogido por el derecho imperial para el resto de las provincias, ya sea por ser desconocido su real funcionamiento fuera de la provincia en que originariamente se utilizó, ya sea porque, de momento, no interesaba la idea de estructurar un sistema de registro oficial, con fines catastrales, en que constaran las posesiones de la propiedad inmobiliaria. También tratamos la regulación del censo y el posterior catastro de Augusto, que, aunque efectivamente eran registros en que se reflejaban las propiedades inmobiliarias, ellas tenían miras eminentemente tributarias, y no dejaban constancia de la historia de las enajenaciones relativas a inmuebles.

2. La finalidad de la introducción de la *insinuatio* de las donaciones en tiempos de Constantino, no parece ser la de asegurarse del pago de determinados impuestos. Si así hubiera sido, el emperador lo habría mencionado expresamente. El texto de la ley, en cambio, persigue claramente un fin de derecho privado, cual es el de darle mayor publicidad a la donación, protegiendo, de este modo, las transferencias que se fundan en donaciones, y evitando, al mismo tiempo, los posibles pleitos entre donantes y donatarios.

¹⁰⁷ Vid. TJÄDER, *Die nichtliterarischen lateinischen Papyri italiens aus der Zeit 445 - 700*, I Papyri 1 - 28 (Upsala, 1955); II Papyri 29 - 59 (Estocolmo, 1982).

3. En la legislación de Constantino comienza a hacerse efectiva la diferenciación entre bienes muebles e inmuebles, cuyas formas de transferencias se distinguen en cuanto a las formalidades requeridas. La transferencia de inmuebles se realiza con mayores resguardos de publicidad, para que quede de manifiesto que ha habido verdaderamente una mutación posesoria. Al parecer, aunque no lo dice expresamente la ley, Constantino pensaba especialmente en la seguridad de las transferencias inmobiliarias. Es a ellas a las que rodea de particulares solemnidades como es la presencia de vecinos, por ejemplo.

4. El régimen de la *insinuatio*, que nació para registrar las donaciones tanto sobre bienes muebles como inmuebles, se extendió, en virtud de las leyes de otros emperadores, a otros negocios como es el caso de la compra-venta y del *suffragium*, pero se exigió en estas figuras exclusivamente en relación con bienes inmuebles. Esta es, a nuestro juicio, una de las principales razones por las cuales la *insinuatio* es un trámite de particular importancia ya que se convierte, paulatinamente, en virtud de diversas leyes y sobre todo de la costumbre, en requisito indispensable para las transferencias relativas a bienes inmuebles.

5. Aunque de un modo menos decidido, nos atrevemos a afirmar que existe alguna relación entre el establecimiento de un sistema especial de transferencia inmobiliaria y la configuración más precisa de la terminología posterior título y modo para aludir a los requisitos de toda transferencia a título derivativo.